HDI
HW 280E 9

~~Gov. 2617~~
KE1135

Harvard College Library.

FROM

THE LIBRARY OF

PROFESSOR E. W. GURNEY,

(Class of 1852).

Received ~~22 May, 1892.~~

29 June, 1891.

Digitized by Google

Digitized by Google

Zeitschrift
für
Civilrecht und Prozeß.

Herausgegeben
von

Dr. J. T. B. Linde,
Großherzogl. Hess. Geheimen Staatsrathe im Ministerium des Innern und der Justiz, Canzler der Universität zu Gießen, und Director des Oberstudienraths zu Darmstadt.

Dr. Th. G. L. Marezoll,
Königl. Sächsischem Hofrathe und ordentl. öffentl. Professor des Rechts zu Leipzig.

Dr. A. W. von Schröter,
Großherzogl. Mecklenburgischem Ober-Appellations-Gerichts-Rathe zu Parchim.

Zwölfter Band.

Gießen 1839,
bei B. C. Ferber.

Digitized by Google

~~W. 9203~~
~~600.26.1~~
Harvard College Library,
29 June 891.
From the Library of
Prof. E. W. GURNEY.

Digitized by Google

Inhalt des zwölften Bandes.

		Seite
I.	Beiträge zu der Lehre von den Nichtigkeiten im Civilprozesse. Von Linde	1—75.
II.	Ueber Verzinslichkeit illiquider Schulden. Von dem Herrn Obergerichtsanwalt Rath Emmerich zu Hanau	76—104.
III.	Geht der von dem Erblasser ausgeübte Besitz durch die Erbschaftsantretung auf den Erben über? Von Herrn Universitäts-Syndicus Dr. Ludwig Duncker zu Marburg	105—125.
IV.	Ueber die Nachweisung der Appellationssumme. Von dem Herzogl. Nassau. Oberappellations-Rathe Herrn Flach zu Wiesbaden	126—136.
V.	Besondere Klage wegen nicht stipulirter Zinsen. Von dem Herrn Obergerichtsanwalt Rath Emmerich zu Hanau	137—144.
VI.	Zur Lehre von der quasi possessio und den damit verbundenen possessorischen Rechtsmitteln. Von Herrn Geheimen Regierungsrath Dr. Heermart in Eisenach .	145—212.
VII.	Beiträge zu der Lehre von den Nichtigkeiten im Civilprozesse. (Fortsetzung der abgebrochenen Abhandlung Nr. I.) Von Linde	213—266.
VIII.	Erörterung der Frage: ob dann, wenn ein verklagter Streitgenosse seine Rechte während des Prozesses abgesondert verfolgte, die Uebrigen den Fortgang der Sache sich gefallen lassen müssen? Von Herrn J. Scholz dem Dritten, Oberappellations- und Landesgerichts-Procurator zu Wolfenbüttel	267—280.
IX.	Zur Lehre von der quasi possessio und den damit verbundenen possessorischen Rechtsmitteln. (Schluß der ab-	

Digitized by Google

gebrochenen Abhandlung Nr. VI.) Vom Herrn Geheimen Regierungsrath Dr. Heerwart in Eisenach . 282—325.

X. Beiträge zur Lehre von der väterlichen Gewalt. Vom Herrn Professor Dr. Robert Schneider in Leipzig . 326—374.

XI. Zur Lehre von den bedingten Erbeseinsetzungen, namentlich den Substitutionen, oder über die L. 40. u. 41. D. de hered. instit. (28, 5.). Von dem Herrn Professor Dr. F. Huschke in Breslau . . . . . 375—426.

Digitized by Google

I.

Beiträge zu der Lehre von den Nichtigkeiten im Civilprozesse.

Von

Linde.

Wenn man sowohl in den Gesetzesquellen als in den wissenschaftlichen Bearbeitungen über dieselben von Nichtigkeiten gewöhnlich nur bei Sentenzen gesprochen, und somit meistens nur die Urtheile als an Nichtigkeit leidend dargestellt hat, so sollte damit nicht ausgedrückt werden, daß Nichtigkeiten nur bei der Operation der Urtheilsfassung begangen würden, und jede Nichtigkeit den Keim ihres Entstehens und ihren Bestand im Urtheile habe. Der Grund der Nichtigkeit liegt vielmehr häufig in ganz andern Verhältnissen. Jene Weise, sich auszudrücken, ist auch nicht die gesetzliche, denn darin werden die Nichtigkeiten des Urtheils von andern stets bestimmt unterschieden; in wissenschaftlichen Darstellungen aber beruht sie darauf: daß die Sentenz das eigentliche Product alles prozessualischen Verfahrens, das Resultat des Rechtsstreits, den Ausspruch dessen, was unter den Partheien Recht ist, darstellt, die Norm für die Vollziehung, den letzten Zweck der Procedur darbietet[1]). Mängel an wesentlichen Vorbedingungen eines rechtsbeständigen Verfahrens,

1) Andere Ansicht bei Gönner Handb. III. 64. §. 2. S. 396.

Digitized by Google

verhindern die rechtliche Möglichkeit eines rechtsbeständigen Urtheils. Solche Mängel sollten weder dem Richter noch den Partheien entgehen, und sie dürfen, ehe es zu einem Urtheile kommt, gerügt werden, nach Umständen von dem Richter amtlich schon, oder von den Partheien, und dann sind sie gebührend zu beachten, das Mangelhafte, wo es rechtlich zulässig und möglich ist, zu verbessern, und auf solche mangelhafte Vorbedingungen sollte ein Urtheil, das sich als Product rechtsgültiger Voraussetzungen ankündigt, gar nicht erlassen werden. Wie man solche Mängel verhütet, wie man sie rügt, und wie man ihnen abhilft, wird gelegenheitlich der einzelnen Prozeßhandlungen in allen dafür geschriebenen Darstellungen nachgewiesen. An diesem Orte führt uns das System dazu, den Fall hauptsächlich im Auge zu behalten, wenn während des prozessualischen Verfahrens Mängel an Voraussetzungen zu einem rechtsbeständigen Urtheile vorhanden waren und nicht beseitigt sind; und die Mittel und Wege zu bezeichnen, wie gesetzlich hinterher jenen Mängeln noch abgeholfen, oder das Urtheil zu einem Nichts erklärt wird.

Das römische Recht faßte die Nichtigkeiten aus dem sehr einfachen Gesichtspunkte auf, daß es gegen ein aus irgend einem Grunde nichtig gesprochenes Urtheil keines Rechtsmittels bedürfe, daß die nichtigen Verfügungen, Prozeßverhandlungen und Urtheile durch bloßen Zeitablauf auch nicht eine Realität würden, daß es hinreiche, wenn eine Parthei die Scheinverfügung als eine rechtsbeständige geltend machen wolle, die Nichtigkeit derselben zu rügen, oder, wenn man statt der Scheinverfügung eine neue haben wolle, ebenfalls wie oben angedeutet worden, einen eben so einfachen als natürlichen Weg einzuschlagen. Aus so einfachen Gesichtspunkten erklärt es sich nun auch, daß sich die römischen Gesetzgeber und die Bearbeiter des Rechts fast bloß damit befaßten, die einzelnen Nichtigkeitsgründe pro-

Digitized by Google

zessualischer Handlungen hervorzuheben, ohne für dieselben ein Erkennungsprinzip aufzustellen, oder die Nichtigkeiten selbst systematisch zu ordnen. Nur insofern bietet auch das römische Recht Stoff zur systematischen Ordnung dieser Lehre, als man die darüber in den Quellen zerstreuten Andeutungen auf dem Wege wissenschaftlicher Abstraction unter geordnete Gesichtspunkte bringen kann. Diese ergeben sich aus der Natur des Verhältnisses so sehr von selbst, daß sie sich in jeder positiven Gesetzgebung, ohne daß sie absichtlich hineingetragen wären, wieder finden müssen. Und so ergiebt auch eine Ordnung des Materials des römischen Rechts, daß Mängel in der Person der Partheien, des Richters, im prozessualischen Verfahren und in dem formellen und materiellen Bestande des Urtheils so erheblich erscheinen können, daß sie im Rechtssinne als Nichtigkeiten betrachtet wurden. Die Frage: was man im Allgemeinen unter einer Nichtigkeit zu verstehen habe, ist im römischen Rechte nicht gelößt; ihre Lösung ist aber auch bei der Art, wie im römischen Prozesse Nichtigkeiten behandelt wurden, weder von practischem noch wissenschaftlichen Interesse gewesen, und ist es also auch für uns, bei dem Gebrauche, den wir von jenem zu machen haben, nicht. Es reichte und reicht hin, zu wissen, in welchen Fällen Nichtigkeit positivrechtlich vorhanden war, und welcher practische Erfolg sich an ihr Daseyn knüpfte. In einer Gesetzgebung, die alle Nichtigkeiten prozessualisch gleich behandelt, ist eine Unterscheidung ihrer Arten, und eine streng wissenschaftliche Begründung der dadurch zu schaffenden Abtheilungen kein Bedürfniß; und so war es bei den Römern. Die Art der Nichtigkeit hatte weder Einfluß auf die Zeit der Vorbringens, noch auf die Natur des zu ihrer Geltendmachung zu wählenden Rechtsmittels, noch auf die prozessualische Behandlung beim Vorbringen; die Frage war immer nur: ob eine im positiven Rechte dazu gerechnete Nichtigkeit vorhanden, und der darin

Digitized by Google

liegende Mangel nicht schon verbessert war. Denn daß manche Mängel, wenn sie auch statt gefunden, doch durch hinzugekommene Heilung wirkungslos gemacht werden können, liegt ebenfalls wieder so sehr in der Natur der Sache, daß diese Einrichtung sich in jeder Gesetzgebung wieder finden wird. So war es auch bei den Römern, die zwar nicht eine systematische Abtheilung heilbarer und unheilbarer Nichtigkeiten aufstellten, aber in der Anwendung davon ausgingen, daß unter Umständen Mängel, weil der zu ihrer Rüge berechtigte Theil diese unterließ, und bei seiner Handlungsweise angenommen werden konnte, daß er darauf verzichtet, die fehlerhafte Handlung trotz des Mangels als eine für ihn rechtsbeständige anerkannt hatte, als nicht vorhanden oder nunmehr geheilt und deshalb wirkungslos betrachtet wurden.

Sobald eine Gesetzgebung oder das Leben eine so einfache Einrichtung verläßt, und von der Beschaffenheit der einzelnen Nichtigkeitsfälle bedeutende practische Erfolge abhängig macht, z. B. für die Angriffe des nichtigen verschiedene Rechtsmittel aufstellt, die Zeit der Geltendmachung darnach verschieden bestimmt, die Wirkung auf die Cassation des Verfahrens oder den Inhalt des Urtheils darnach bemißt, die Heilbarkeit auch nach andern Rücksichten, als der Zustimmung der dadurch betroffenen Parthei eintreten läßt, dann entstehen damit eben so viele, praktisch erfolgreiche Unterscheidungen, das ganze System wir complicirter, die Anwendung verlangt für die einzelnen Arten um so dringender sichere Erkennungsgründe, als sie darauf angewiesen ist, die Frage: ob eine Nichtigkeit vorhanden sey? aus einer Gesetzgebung zu lösen, der jene Unterscheidungen eben deshalb fremd blieben, weil kein praktisches Bedürfniß darauf führte. In solcher Lage befand sich zum Theil schon das canonische, und befindet sich ganz besonders das deutsche Recht, und darum war die Bearbeitung der Lehre von der Nichtig-

Digitized by Google

keitsbeschwerde für das deutsche Prozeßrecht unendlich schwieriger, als sie es für das römische Recht je gewesen ist.

Nachdem wir auf diese Differenzen der, in der folgenden Darstellung zu berücksichtigenden, Gesetzgebungen aufmerksam gemacht, wenden wir uns nun zur Darstellung ihres Inhalts, und betrachten zunächst das römische Recht unter den Gesichtspunkten, von denen wir hier schon behaupteten, daß sie sich in jeder Gesetzgebung wieder finden müßten, wofür die folgende Darstellung überhaupt den Beweis liefern wird.

§. 1.

Eine Sentenz ist blos darum, weil sie als solche erlassen worden, noch nicht gültig [1]). Sie kann, nach Beschaffenheit der Unterordnung der rechtsprechenden Behörde, in regelmäßigem Instanzenzuge nicht blos, einer wiederholten Prüfung zugeführt werden, sondern sie kann auch an so wesentlichen Voraussetzungen zu ihrer Rechtsbeständigkeit leiden, daß sie jeder wahren, in der eigentlichen Bestimmung eines Urtheils liegenden Wirksamkeit in dem Maße entbehrt, daß es einer Anfechtung und Aufhebung derselben, vermittelst der gewöhnlichen Rechtsmittel, — Appellation oder anderer ordentlicher Rechtsmittel — gar nicht bedarf, weil sie im Rechtssinne gar nicht als ein Judicat gelten kann, also ein wirkliches Urtheil nicht ist. Diese Ansicht liegt dem römischen Rechte von nichtigen Urtheilen zum Grunde, sie bedienen sich dafür nicht blos des Ausdrucks sententia nulla, sondern sagen auch, nullius momenti est, non est iudicatum. Und zu der Zeit, als sich Appellationen im heutigen Sinne des Worts ausgebildet hatten, sagte das röm. Recht von solchen sententiis, daß sie sine appellatione rescinduntur.

1) Vergl. überhaupt: Bethmann-Hollweg Handb. I. § 35 Zimmern röm. Rechtsgesch §. 167 v. Röder Lehre v. d. Nichtigkeiten §. 7. DE BARDELEBEN de sententiarum nullitate. Berol. 1836. §. 2.

Digitized by Google

oder provocare non est necesse; aber auch schon querela wird die Handlung, wodurch man gegen solche Nichtigkeiten protestirt, genannt.

Die Art und Weise, wie solche Nichtigkeiten zur Sprache gebracht wurden, hing mit dem ordo iudiciorum zusammen. Im Formularprozesse wurde der Beklagte in iudicio entweder condemnirt oder absolvirt. Im Falle der Condemnation lag immer eine liquide Geldschuld (obligatio iudicati) vor [1]). Wenn die zu deren Bezahlung bestimmte Frist [2]) abgelaufen war, mußte beim Prätor die Execution nachgesucht werden [3]), die in missio in bona [4]) und dem duci iubere [5]) bestand. Diese konnte aber durch Defensio noch abgewendet werden, die nicht blos in Einreden [6]) sondern auch darin bestehen konnte, daß die Existenz oder förmliche Gültigkeit der res iudicata geleugnet wurde [7]). In diesem Falle bedurfte es einer Untersuchung, und zum Zwecke der Einleitung des dazu nöthigen iudicii ist die actio iudicati als eigenthümliche Form aufgestellt [8]). War also der Beklagte verurtheilt, und der Kläger ging den Prätor

---

1) Fr. 4. §. 3. de re iud. 42, 1. „Ait Praetor: *Condemnatus, ut pecuniam solvat;* a iudicato ergo hoc exigitur, ut pecuniam solvat."

2) Gai. III. 78. Fr. 2. 3. §. 5. Fr. 7. 29. 31. de re iud. 42, 1. Fr. 16. §. 1. de compens. 16, 2. Fr. 21. de iud. 5, 1. Fr. 1. iudicatum solvi 46, 7. Const. 1. de usur. rei iudicatae. 7, 54.

3) Fr. 15. pr. de re iud. 42, 1.

4) Gai. III. 78. Fr. 51. de peculio 15, 1. Const. 3. qui pot. in pign. 8, 18. cf. Fr. 6. §. 2. de re iud. 42, 1. Const. 5. de rev. his, quae in fraud. 7, 75. Fr. 63. de iud. 5, 1.

5) Niebuhr röm. Gesch. II. S. 312. f. Bethmann-Hollweg Handb. I. S. 298.

6) Fr. 28. §. 8. de iureiur. 12, 2. Fr. 11. de SCto Maced. 14, 6. Fr. 8. §. 2. de SCto. Vellej. 16, 1.

7) Tit. Dig. 49, 8. Fr. 75. de iud. 5, 1.

8) Zimmern Röm. Rechtsgesch. III. §. 137a. 138. S. 417—420.

Digitized by Google

um Exekution an, der Beklagte leugnete das Judicat [1]) dann denegirte der Prätor die Exekution so wie die actio iudicati, wenn er fand, daß das Urtheil nichtig war [2]), oder er gab die actio iudicati und bestellte einen Juder, wenn vorerst eine nähere Prüfung thatsächlicher Verhältnisse nöthig war. Entschied nun der Richter: non esse iudicatum [3]), dann konnte der Kläger von neuem die Klage anstellen. War der Beklagte freigesprochen, und stellte der Kläger die frühere Klage von neuem an, der Beklagte setzte dieser die exceptio rei iudicatae entgegen, dann bestritt der Kläger, nach unserm heutigen Sprachgebrauche, mit einer replicatio nullitatis, die res iudicata. Das Daseyn der res iudicata bildete so einen Incidentpunkt in einem andern Prozesse.

Auf ähnliche Weise gestaltete sich das Verfahren, wenn z. B. der Beklagte auf richterlichen Befehl eine Sache dem Vindikanten restituirt hatte. Wenn dagegen der Beklagte in Folge einer Condemnation eine Summe Geldes, worauf das Judicatum im alten Rechte immer gerichtet war, gezahlt hatte, dann fand keine condictio indebiti, wobei die Nullität des Urtheils hätte geltend gemacht werden können, statt, weil die obligatio iudicati zu denjenigen gehörte, wo lis inficiando crescit in duplum [4]), wobei jene Klage ausgeschlossen ist [5]). In der spätern Zeit, als der Magistrat

1) Fr. 11. de transact. 2, 15. „si negetur, iudicatum esse." Eine *exceptio* im röm. Sinne war es nicht.

2) Fr. 6. de feriis. 2, 12.

3) Denn es galt hier keiner Entscheidung in Beziehung auf die Sache selbst, sondern blos auf die res iudicata und die daraus entstehende obligatio. Also war die Frage nur: „an iudicatum sit?" Fr. 3. §. 11. de peculio. 15, 1. Fr. 1. pr. quae sent. sine appellat. 49, 8. Fr. 75. de iud. 5, 1.

4) Gai. IV. 9. 171. Pauli S. R. I. 19. §. 1.

5) Const. 1. de cond. indeb. 4, 5. Const. 2. de compensat. 4, 31. Fr. 74. §. 2. de iud. 5, 1. Fr. 36. fam. ercisc. 10, 2. Fr. 26 §. 10. de cond. indeb. 12, 6. Fr. 22. pr. §. 1—3 ratam rem hab. 46, 8.

Digitized by Google

selbst der Richter war, also *extra ordinem* cognoscirt wurde, konnte der Magistrat selbst oder sein Nachfolger die erlassene nichtige Sentenz cassiren, und neu entscheiden [1]), und wenn, was in dieser Zeit noch immer vorkam, ein iudex datus a magistratu eine nichtige Sentenz gesprochen hatte, wendete man sich, wenn man deshalb Beschwerde führen wollte, an den Magistratus, der dann, wenn er sich von der Nichtigkeit überzeugte, dieses aussprach und sofort selbst entschied, oder einen andern iudex zu diesem Ende bestellte [2]).

§. 2.

Nichtigkeiten, welche in Verhältnissen des Richters ihren Grund haben, beruhen darauf: daß die Befugniß, richteramtliche Functionen auszuüben, sich überall nach dem rechtlich möglichen und wirklichen Auftrage zum Richteramte [3]) und nach der Art [4]) und dem Umfange desselben richtet [5]). Wer ohne einen solchen Auftrag oder über dessen Grenzen hinaus handelt, dessen Handlungen sind an sich ungültig. Von diesen Grundsätzen ausgehend, bestimmt das römische Recht:

1) daß nicht Jeder Richter seyn könne. Aus allgemein gültigen Gründen waren zum Richteramte unfähig: Taube, Stumme, immerwährend [6]) Wahnsinnige und Unmün-

1) Const. 6. quomodo et quando. 7, 43.

2) Const. 4. quomodo et quando iudex. 7, 45. Const. 6. quando provoc. n. e. n. 7, 64. Fr. 1. pr. §. 1. quae sent. siu app. 49, 8. Fr. 75. de iud. 5, 1.

3) Fr. 81. de iud. 5, 1. „Qui neque iurisdictioni praeest, neque a principe potestate aliqua praeditus est, neque ab eo, qui ius dandorum iudicum habet, datus est, nec ex compromisso sumtus, vel ex aliqua lege confirmatus est, iudex esse non potuit.“ Const. 3. de iurisd. omn. iud. 3, 13.

4) Fr. 23. §. 1. de appellat. 49, 1.

5) Tit. Cod. si a non compet. iud. 7, 48.

6) Ein Wahnsinniger, der helle Zwischenräume hatte, war nicht unfähig,

Digitized by Google

mündige [1]), denn diese entbehren der nöthigen Urtheilskraft; wegen gesetzlicher Anordnung war ein, aus dem Senat Verstoßener, und nach dem Herkommen waren Weiber und Sclaven [2]) unfähig, nicht weil man ihnen keine Urtheilskraft zutraute, sondern weil sie herkömmlich keine öffentliche Aemter bekleiden sollen [3]). Wer aber nicht fähig zum Richteramte war, dem konnte auch keine Jurisdiction überwiesen werden, und konnte als Richter nur nichtige Handlungen ausführen [4]); und dieses war auch dann der Fall, wenn der an sich zum Richteramt Fähige sich durch Bestechung seiner richterlichen Gewalt entäußert hatte [5]).

Der Richter muß der gesetzliche gerade dieser streitenden Theile seyn: „et in privatorum causis huiusmodi forma servetur, ne quemquam litigatorum sententia non a suo iudice dicta constringat [6])". Doch darf man die Ladungen und Aufforderungen des unständigen Richters nicht ungestraft unbeachtet lassen [7]); denn der Richter soll selbst über seine Kompetenz urtheilen, und die vorgeladene Partei kann die Unzuständigkeit verbringen; wenn daher auch der Grund-

---

und konnte, wenn er zu Verstande kam, gültige Urtheile fällen, Fr. 39. de iud. 5, 1. deshalb blieb die Bestellung des Richters, der nachher wahnsinnig wurde, gültig. Fr. 46. de iud. 5, 1.

1) S. jedoch Fr. 57. de re iud. 42, 1.

2) S. jedoch Fr. 3. de off. praetor. 1, 14.

3) Fr. 12. §. 2. de iud. 5, 1. Vergl. Const. 2. de sent. 7, 45.

4) Const. 3. de iurisd. 3, 13. „nec quod is statuit, rei iudicatae continet auctoritatem." Vergl. jedoch Fr. 3. D. 1, 14. Fr. 57. D. 49, 1. und Nov. 82. Const. 14. de iud. 3, 4. Linde Lehrb. des Civilproz. Aufl. 5. §. 79.

5) Const. 7. quando provocare. 7, 64.

6) Const. 4. si a non comp. iud. 7, 48. Fr. 1. §. 2. quod quisque iuris. 2, 2. Die durch Prorogation entstehende Competenz ändert im Prinzip natürlich nichts. Fr. 1. 2. de iud. 5, 1. Fr. 15. de iurisd. 2, 1. Fr. 8. de iud. 5. 1. Linde Lehrb. d. Civilproz. §. 101.

7) Fr. 2. si quis in ius vocatus non ierit. 2, 5. Fr. 5. de iud. 5, 1.

Digitized by Google

satz gilt, daß man einem Richter, der nicht der zuständige ist, ohne Ungehorsam zu seyn, nicht zu folgen brauche [1]; so bleibt man doch immer schuldig, sich vorerst darauf: daß er nicht unser Richter sey, zu berufen. Der Richter ist aber der zuständige nicht, wenn ihm überhaupt der Zweig der Gerichtsbarkeit fehlt, in welchen eine bestimmte Sache einschlägt [2], und dieses ist immer der Fall, wenn er von einer Behörde bestellt ist, welche überhaupt keine richterliche Funktionen [3], oder doch nicht für die bestimmte in Frage stehende Sache für die betreffenden Personen [4] überweisen durfte, wenn er über die sachlichen [5] oder örtlichen [6] nur zeitigen [7] Grenzen seiner Richtergewalt hinausgeht, wenn er, während seine, an sich vorhandene Gerichtsbarkeit für diese Sache suspendirt [8] oder recusirt ist [9] unzulässige Handlungen vornimmt, oder wenn er bestochen ist [10]. Endlich kann Niemand Richter in eigner Sache seyn [11].

---

1) Fr. 53. §. 3. de re iud. 42, 1. „Contumaces non videntur, nisi qui, cum obedire deberent, non obsequuntur; id est qui ad iurisdictionem eius, cui negant obsequi, pertinent."

2) Const. 1—3. si a non compet. iud. 7, 48. Const. un. qui pro sua iurisd. 3. 4. Fr. 32. §. 15. de recept. 4, 8.

3) Fr. 23. §. 1. de appellat. 49, 1. Const. 1. de pedan. iud. 3, 3. Nicht entgegen steht Const. 2. communia utriusq. iud. 3, 38., denn hier ist die Sentenz nichtig, und nur der übereinstimmende Wille der Partheien gibt dem Spruche die Kraft.

4) Const. 2. de ped. iud. Fr. 32. §. 7. de recept. 4, 8.

5) Const. 1. 3. si a non compet. iud. 7, 48. Fr. 18. communi div. Const. 6. de exec. rei iud. 7, 53. Fr. 74. §. 1. de iud. 5, 1.

6) Fr. 3. de off. praesidis. 1, 18. Fr. 20. de iurisd. 2, 1.

7) Const. 6. quando provocare non est necesse 7, 64.

8) Const. 3. de appellat. 7, 62. Tit. Dig. nihil innovari 49. 7. Linde Lehrb. d. Civilproz. §. 385. 386.

9) Const. 12. 16. 18. de iud. 3, 1. Nov. 53. c. 3.

10) Const. 7. quando prov. n. e. u. 7, 64. Vergl. Const. 1. de poen. iud. 7, 49.

11) Fr. 17. de iud. 5, 1. Const. 1. ne quis in sua causa 3, 5. Fr. 10.

Digitized by Google

Daß auch Derjenige, der als Advokat in eine Sache gehandelt, in derselben nicht Richter seyn soll, ist zwar in den Gesetzen ausdrücklich gesagt [1]), nicht aber auch, daß das Urtheil nichtig sey, es folgt dieses letztere aber schon daraus, daß jenes Verhältniß unfähig zum Richteramt macht.

Sind mehrere Richter zur gemeinschaftlichen Entscheidung bestellt, und hat nur einer gesprochen, dann ist der Spruch nichtig [2]), denn sie sollten alle an der Entscheidung Antheil nehmen [3]), d. h. alle dabei zugegen seyn [4]) und an der Berathung Theil nehmen; darauf aber, ob alle eine feste Ansicht zu gewinnen vermögen, kommt nichts an, wenn nur die Mehrheit eine bestimmte rechtliche Ueberzeugung hat, denn dann würde ja selbst die entgegengesetzte Meinung derjenigen, die zu gar keiner Meinung gelangen können, keinen Ausschlag geben [5]). Die Gegenwart aller ist aber deshalb nöthig, weil die Abwesenden, wenn sie auch die Minderzahl ausmachen, die Mehrheit auf eine andere Ansicht hätten führen können [6]).

---

de iurisd. 2, 1. „Qui iurisdictioni praeest, neque sibi ius dicere debet, neque uxori, vel liberis suis, neque libertis, vel ceteris, quos secum habet.“ — Der Begriff von propria causa in Fr. 1. §. 11. quando appell. 49, 4. Die Bestimmungen in Fr. 77. 78. de iud. 5, 1. u. Fr. 6. de recept. 4, 8. sprechen von iudices in ihrer ältern Bedeutung.

1) Fr. 17. de iurisd. 2, 1. Const. 14. de assessor. 1, 51. Const. 6. de postul. 2, 6.

2) Const. 4. quando provoc. 7, 64. Fr. 18. de receptis 4, 8.

3) Fr. 39. de re iud. 42, 1.

4) Fr. 37. de re iud. 42, 1.

5) Fr. 36. de re iud. 42, 1.

6) Fr. 17. §. 7. Fr. 18. de recept. 4, 8. Ueber den Fall, si dissonae sententiae proferantur, s. m. Fr. 28. Fr. 36—38. eod. Aus dem Nichteinhalten der gesetzlichen Stimmordnung, wenn sonst alle zugegen waren und gestimmt haben, würde, ohne positives Gesetz, doch eine Nichtigkeit nicht folgen. A. M. ist Gesterding Nachforsch. I. S. 128.

Digitized by Google

§. 3.

Hinsichtlich der, aus der Person der Partheien entstehenden Nichtigkeiten, muß man zwei Classen unterscheiden:

I. Nichtigkeiten, auf welche beide Theile sich berufen, und das Urtheil für nichtig erklären dürfen. Als in diesem Sinne absolut nichtig werden Urtheile betrachtet:

1) wenn die Sache nicht unter den rechten Partheien verhandelt ist [1]),

2) die in Sachen einer Parthei ergangen sind, die vor Gericht Rechte gar nicht verfolgen kann, z. B. Sclaven [2]);

3) oder in Sachen einer bereits verstorbenen Parthei ergangen sind [3]), was wichtig für den, der als Defensor für einen Abwesenden, aber bereits Verstorbenen, aufgetreten ist, wird [4]).

II. Nichtigkeiten, welche nur von einer Parthei geltend gemacht werden dürfen, nicht also auch von deren Gegner, im Falle zu dessen Nachtheil sollte erkannt worden seyn; dahin gehören die Fälle:

1) wenn gegen Unmündige, Minderjährige, Wahnsinnige oder Gemeinden, die keinen Vormund oder Curator hatten,

---

1) Fr. 3. de collusione detegenda 40, 16. Fr. 47. pr. de re iud. 42, 1.

2) Fr. 107. de R. J. „Cum servo nulla est actio" Const. 6. de iud. 3, 1. „Servus in iudicis interesse non potest, *nec, si condemnatio aliqua in personam ejus facta sit, quod statutum est, subsistit.*" — Vergl. Fr. 53. de iud. 5, 1. Fr. 24. §. 3. de lib. causa. 40, 12. welche den Grundsatz speziell beschränken.

3) Fr. 2. quae sent. sine appellat. 49. 8. Fr. 59. §. 3. de re iud. 42, 1.

4) Fr. 74. §. 2. de iud. 5, 1. Wegen Fr. 30. pr. de fideicom. libert. 40, 5. hat man behauptet, daß zwar Urtheile gegen ein bereits Verstorbenen nichtig seyn, nicht aber auch für ihn erfolgte; allein hier wird ja geradezu gesagt, daß die Entschließung auf die Erben übertragen werden solle, indirect also, daß sie in ihrer Fassung auf den Verstorbenen nicht von selbst für die Erben gelte.

Digitized by Google

erkannt wurde [1]), oder wenn der handelnde Vormund noch keine Caution geleiſtet hatte [2]), oder wenn der Minderjährige, der einen Curator oder Tutor hatte, ohne deſſen Mitwirkung vor Gericht gehandelt hatte [3]);

2) wenn gegen Jemand geſprochen iſt, für den ein Procurator auftrat, der entweder gar keinen Auftrag erhalten, oder denſelben überſchritten hatte, und deſſen Handlungen auch nicht durch die nachfolgnde Genehmigung des dominus ratificirt worden ſind [4]).

§. 4.

Wegen Mangel im prozeſſualiſchen Verfahren (ordo iudiciorum) tritt Nichtigkeit ein [5]):

1) wenn ohne rechtliches Gehör [6]) entſchieden worden iſt, oder

2) gegen einen Abweſenden, der ſich nicht im Ungehorſam befindet [7]), oder

---

1) Fr. 45. §. 2. de re iud. 42, 1. Fr. 9. eod. Const. 1. qui legitim. st. p. i. i. 3, 6. Const. 6. quomodo et quando 7, 43. (a Bardeleben l. c. §. 6.) Const. 1. de iure reipubl. 11, 29. Hefftter Institut. S. 251. Note 49.

2) Const. 4. in quib. caus. i. i. restit. u. u. e. 2, 41. Const. 3. de tut. vel curat. qui satis non dedit. 5, 42.

3) Const. 1. 3, 6. cf. Const. 3. de J. J. R. minorum 2, 22.

4) Const. 10. 24. de procurat. 2, 13. Const. 1. quib. res iud. non nocet. 7, 56. Fr. 56. de iud. 5, 1. Der durch einen falſchen Procurator vertreten, kann auch nicht nachtheiliger, als ein Abseus behandelt werden. Const. 7. quomodo et quando iud. 7, 43. Const. 1. de sent. 7, 45.

5) Const. 4. de sent. et interloc. 7, 45.

6) Tit. Cod. quib. res iud. non nocet. 7, 56. Fr. 14. §. 1. de appellat. 49, 1. Const. 5. Commiuat. 7, 57. Fr. 50. §. 1. de legat. I. 30, 1. Fr. 47. 54. de re iud. 42, 1. Const. 7. 13. de sent. 7, 45.

7) Const. 4. 7. quomodo et quando iudex. 7, 43. Fr. 1. §. 3. quae sent. sine appellat. 49, 8. Fr. 73. de iud. 5, 1. Fr. 47. pr. Fr. 53. de re iud. 42, 1.

Digitized by Google

3) gegen den abwesenden advocatus fisci [1]), oder

4) die Anwälte sich Prävarication haben zu Schulden kommen lassen [2]).

§. 5.

Was die dem Urtheile selbst anklebenden Fehler anbetrifft, so wird natürlich vor allem, vorausgesetzt, daß wenigstens eine vernünftige richterliche Entscheidung [3]) die sich unter irgend einer äußern Form als Sentenz ankündigt, vorhanden sey. Denn wo nicht einmal so viel vorliegt, kann ja überhaupt von keinem Urtheil, also weder von einem rechtsbeständigen noch von einem nichtigen die Rede seyn [4]). Mängel, welche Nichtigkeit des Urtheils zur Folge hatten, sind nun:

1) wenn die Sentenz in Abwesenheit der Partheien publicirt war [5]). Es heißt in dieser Beziehung bei Pauli Sent. Rec. V. 5. §. 5. „Ea, quae altera parte absente decernuntur, vim rerum iudicatarum non obtinent;“ und in Fr. 47. de re iud. 42, 1. (Pauli L. V. Sent.) „De unoquoque negotio praesentibus omnibus, quos causa contingit, iudicari oportet; aliter enim iudicatum tantum inter praesentes tenet.“ Daß nun, wenn

---

1) Fr. 7. de iure fisci. 49, 14. Hierher gehört auch der Fall in Fr. 60. de re iudicata 42, 1. wornach ein fieberhafter Zustand einer Parthei (morbus sonticus) die Veranlassung geben soll, die Sache aufzuschieben, widrigenfalls „res non videtur iudicata.“

2) Const. 1. de adv. div. iud. 2, 7. „atque ita de principali causa denuo quaeretur.“ Ef. Const. 1. de poena iud. 7, 49.

3) Fr. 3. quae sent. sine appell. 49, 8. „Paulus respondit: impossibile praeceptum iudicis nullius esse momenti. §. 1. Idem respondit: ab ea sententia, cui pareri rerum natura non potuit, sine causa appellari.“

4) Const. 1. de execut. rei iud. 42, 1. Const. 5. comminat. 7, 56.

6) Das war schon in den XII. Tab. vorgeschrieben. Gell. N. A. XVII. 2. Zimmern Rechtsgesch. III. S. 334. f. 415.

Digitized by Google

a) der Grund der Abwesenheit der Partheien nicht in einer contumatia lag, vielmehr nicht nach gesetzlicher Vorschrift gegen den Abwesenden verfahren war [1]) die Sentenz nichtig, und die Lehre von Paulus für einen solchen Fall unbedingt anwendbar war, folgte auch schon aus andern Gesetzen [2]); wenn dagegen

b) die abwesende Parthei aus Ungehorsam nicht erschien, dann konnte die Abwesenheit begreiflich das Urtheil nicht nichtig machen, denn darin bestand ja gerade für die Ungehorsamen der Nachtheil, daß „Contumacia eorum, qui ius dicenti non abtemperant, litis damno coercetur [3]). Dieses wird auch in vielen andern Stellen ausdrücklich anerkannt. So bemerkt Julian [4]): „Si Praetor iusserit eum, a quo debitum petebatur, adesse, et ordine edictorum peracto pronuntiaverit, absentem debere, non utique iudex, qui de iudicato cognoscit, debet de Praetoris sententia cognoscere; alioquin lusoria eunt huiusmodi edicta et decreta Praetorum. Marcellus notat: Si per dolum sciens falso aliquid allegavit, et hoc modo consecutum eum sententiam Praetoris liquido fuerit approbatum, existimo, debere iudicem querelam rei admittere. Paulus notat: Si autem morbo impeditus, aut rei publicae causa avocatus, adesse non potuit reus, puto vel actionem iudicati eo casu in eum denegandum, vel exsequi Praetorem ita iudicatum non debere.“ Hier-

1) Zimmern a. a. O. §. 136, 137.

2) Fr. 53. de re iud. 42, 1. Fr. 7. 8. de minor. 4, 1. Fr. 53. 54. de re iud. 42, 1. Fr. 1. §. 3. quae sent. sine appellat. 49, 8. Const. 13. §. 4. de iud. 3, 1.

3) Fr. 53. pr. 42, 1. Diesen Grundsatz bildete Justinian später besonders für das Appellationsverfahren, dem Bedürfnisse entsprechend, noch näher aus. Const. 5. §. 4. quando provoc. n. e. n. 7, 63. „Cum appellatoris absentia eam (litem) finiri non facile concedat etc.“ Const. 39. de appellat. 7, 62. „sin autem absens.“ Nov. 49. praef. Cap. 1. Nov. 126. c. 2. Arch. f. civ. Prax. XIX. S. 467. f.

4) Fr. 75. de iud. 5, 1.

Digitized by Google

aus geht die Gültigkeit einer, in Abwesenheit der geladenen Parthei erfolgten Entscheidung hinlänglich hervor. War die Abwesenheit entschuldigt, dann wurde actio iudicati denegirt, und die Execution verhindert, um auf dem Wege der Restitution eine causae oder iudicii restauratio eingeleitet [1]), damit sich der abwesend gewesene nun noch vertheidigen, Beweis führen, und Rechtsmittel gebrauchen konnte. Denn so bestimmt auch auf der einen Seite der Grundsatz feststand, daß mit der Contumacia der Verlust der Appellation verbunden sey, weil die ungehorsame Parthei auch in der höhern Instanz die Vertheidigung nicht wieder erlangen sollte, mit der sie in der untern Instanz zur Strafe präcludirt war [2]), eben so klar ist aber auch in den Gesetzen anerkannt, daß derjenige, welcher seine Abwesenheit zureichend entschuldigen und beweisen kann, auch nicht die Appellation verliert. Aber es entsteht dabei die Frage: ob nach röm. Rechte, wenn nachgewiesen war, daß eine iusta absentiae causa vorhanden gewesen, nun erst durch Restitution gegen das Urtheil der Weg zur Appellation gebahnt werden mußte, oder ob die Appellation, ohne solche Einleitung, ergriffen, und beim Appellationsrichter die Zulässigkeit des Rechtsmittels durch den Beweis der entschuldbaren Abwesenheit geführt werden konnte. Auf diese Frage führt nicht blos die Abfassung mehrerer hierher gehörigen Stellen, sondern es liegt in der möglichen Verschiedenheit der Sachlage dazu auch eine Aufforderung. Während nämlich in einigen Stellen ausdrücklich darauf hingedeutet wird, daß der, in entschuldbarer Abwesenheit, als absens, und indefensus Condemnirte,

---

1) Const. 1. 2. quib. ex caus. mai. 2, 54.

2) Pauli S. R. V. 5. §. 7. Fr. 73. §. 3. de iud. 5, 1. Fr. 23. §. 3. de appellat. 49, 1. Const. 1. quor. appellat. non recip. 7, 65. Nov. 82. c. 5.

Digitized by Google

restaurationem iudicii oder causae nachsuchen muß, damit er von neuem seine Vertheidigung führen kann [1]), wird in andern eben so bestimmt gesagt: Sciendum est, ex peremtorio *absentem* condemnatum, si *appellet*, non esse audiendum, si modo per contumaciam defuerit; si minus, audietur [2]); und in andern Stellen wird von der Zulassung einer *querela* gegen die fraglichen Urtheile gesprochen [3]), in andern zwischen einer in integrum restitutio contra rem iudicatam, und einer in integrum restitutio, wodurch der Appellationsweg eröffnet werden soll, unterschieden [4]). Paulus [5]) lehrt nämlich: „Is, qui reipublicae causa abfuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui, non audietur;“ aber Macer [6]) bemerkt für einen ganz gleichen Fall: „Inter minores viginticuinque annis, et eos, qui reipublicae causae absunt, hoc interest, quod minores annis, etiam qui per tutores curatoresve suos defensi sunt, nihilominus in integrum contra rem iudicatam restituuntur, cognita scilicet causa; ei vero, *qui reipublicae causa absit*, ceteris quoque, qui in eadem causa habentur, *si per procuratores suos defensi*

1) Const. 1. 2. quib. ex causis maj. 2, 54. Fr. 7. §. 12. Fr. 8. de minior. 4, 4. „Minor, etiamsi *quasi* contumax condemnatus, in integrum restitutionis auxilium implorabit“ — Fr. 39. quib. ex caus. mai. 4, 6.

2) Fr. 73. §. 3. de iud. 5, 1. Fr. 31. §. 2. de negot. gest. 3, 5. Fr. 28. pr. de appell. 49, 1. Const. 11. quomodo et quando. 7, 43. Vergl. Fr. 23. §. 3. de appellat. 49, 1.

3) Fr. 75. de iud. 5, 1. Const. 3. quomodo et quando 7, 43. Const. 12. Cod. Theod. de appellat. et poenis. 11, 30.

4) Fr. 8. de integr. rest. 4, 1.

5) Fr. 39. ex quib. c. maj. 4, 6.

6) Fr. 8. de J. J. R. 4, 1. In Fr. 42. de minor. 4, 4. wird gesagt: „. . . . Quod enim appellatio interposita maioribus praestat, hoc beneficio aetatis consequuntur minores.“

Digitized by Google

sunt, hactenus in integrum restitutione *subveniri* solet, *ut appellare his permitatur.*"

Die eigentliche Bedeutung dieser verschiedenen Lehren, und ihre Zusammenfügung zu einem Systeme hat große Schwierigkeiten. Sie entstehen hauptsächlich dadurch, daß das Contumacialsystem in den verschiedenen Perioden der geschichtlichen Ausbildung des römischen Verfahrens sich wesentlich änderte, damit stets die Grundsätze über Restitution und Appellation gegen Contumacialerkenntnisse innig zusammenhingen, und in die Justinianische Compilation die Grundsätze aus den verschiedenen Perioden der Rechtsbildung als Bestandtheile ein und desselben Contumacialverfahrens aufgenommen wurden, ohne das Verhältniß der aus verschiedenen Einrichtungen ursprünglich hervorgegangenen, und also darauf berechnet gewesenen Bestimmungen, gehörig nachzuweisen [1]). Zwei Bestimmungen, welche sich durch die verschiedenen Perioden der Rechtsentwickelung erhalten haben, dürften jedoch einiges Licht darbieten. Einmal nämlich: daß die Abwesenheit des Beklagten in der Weise statt gefunden hatte, daß er während der ganzen Verhandlung niemals erschienen war, oder er oder auch der Kläger, waren zwar in einzelnen Stadien, und zwar solchen erschienen, worin sie sich über das Streitverhältniß hatten gehörig vernehmen lassen, auch wohl der erforderlichen Vertheidigungs- und Beweismittel sich bedient hatten, aber bei der Publication des Urtheils war der eine oder andere Theil abwesend gewesen; zweitens daß nach dem ältern Rechte ein nur gegebener oder delegirter Richter gegen sein eigenes Urtheil niemals selbst restituiren konnte, was Justinian änderte, indem er auch diesen Richtern die Befugniß dazu, in den an sie gewiesenen Sachen als Re-

1) Bethmann-Hollweg Handb. d. Civilproz. I. §. 27.

Digitized by Google

gel [1]) ertheilte [2]), daß übrigens in Bezug auf die Magistrate sowohl bei demselben, der das Urtheil gefällt oder den Juder gegeben hatte, als auch bei einem andern, nur nicht geringern, die Restitution nachgesucht werden durfte [3]), und blos gegen Urtheile des Kaisers seiner Repräsentanten und Delegirten, nur beim Kaiser selbst [4]), und bei Urtheilen des Praefectus praetoris nur bei diesem selbst Restitution gesucht werden sollte [5]). Bringt man hiermit den Inhalt Const. 11. quomodo et quando. 7, 43. „Quum *praesentibus partibus litem inchoatam* proponas, si postea, quam contra te, licet absentem, pronuntiatum est, intra praefinitum diem non appellasti, latam sententiam rescindi postulanti, multae sacrae constitutiones refragantur;“ in Verbindung, so scheint man nicht mit Zimmern [6]) annehmen zu dürfen, daß nach römischen Rechte, eine gegen einen Abwesenden erlassene Sentenz dann als gültig betrachtet werden müsse, wenn der Abwesende beim Anfange der Verhandlung zugegen war, vielmehr folgende Grundsätze, als aus den Andeutungen der Quellen und dem ganzen Geiste des Contumacialverfahrens, dem Wesen der Restitution und der Appellation entsprechend, aufstellen zu müssen.

Wenn in Abwesenheit dessen der im gerichtlichen Verfahren in Bezug auf die ihm zur Theilnahme an demselben zu gebenden Veranlassungen, gehörig behandelt ist, ein Urtheil erfolgte, und er:

1) zureichende Entschuldigungsgründe für sein Nichter-

1) Const. 1. Ubi et apud quem cogn. 2, 47. Const. 3. si adversus rem iudicatam. 2, 27.

2) Const. 3. Ubi et apud quem. 2, 47.

3) Fr. 16. §. 5. Fr. 17. 18. 42. de minor. 4, 4.

4) Fr. 18. §. 1—4. de minor. 4, 4. Const. 3. si adv. rem iud. 2, 27. Const. 1. ubi et apud quem. 2, 27.

5) Fr. un. §. 2. de off. praef. praet. 1, 12. Fr. 17. de minor.

6) Zimmern Rechtsgesch. III. S. 416. §. 137.

Digitized by Google

scheinen nicht angeben und beweisen kann, dann ist das gegen ihn gesprochene Urtheil, blos deshalb[1]), weil es ohne sein Gehör, oder ohne seine Anwesenheit, erlassen worden ist, nicht ungültig, es kann folglich aus diesen Gründen weder als nichtig angefochten, noch kann wegen unverschuldeter Abwesenheit Restitution dagegen wirksam nachgesucht werden. Appellation findet dagegen nur insofern statt, als der Contumax überhaupt von diesem Rechtsmittel Gebrauch machen kann[2]).

2) Wenn er dagegen zureichende Entschuldigungsgründe anzuführen und zu beweisen vermag, und nun durch weiteres Gehör, Beweis u. dergl. eine Abänderung der Entscheidung zu bewirken beabsichtigt, dann kommt es darauf an:

α) ob das Urtheil in letzter Instanz erfolgte. In diesem Falle kann von einer Appellation keine Rede seyn; es bleibt nur die Restitution bei demselben Richter übrig, wodurch der Weg zu neuen Verhandlungen und einem neuen Spruch vor demselben gebahnt wird;

β) oder ob noch ein höherer Richter und Appellation an dieser in der fraglichen Sache, abgesehen davon das ein Contumacialurtheil erfolgt, zulässig ist, dann ist weiter zu unterscheiden:

a) ob durch die Abwesenheit der Abwesende in seinem Vorbringen in dem Maße beschränkt worden zu seyn behauptet, und nach dem Stadium, worin sich die Verhandlung der Sache während seiner Abwesenheit befand, möglicher Weise beschränkt seyn konnte, daß darum schon das Urtheil so wie es erfolgt ist, eine Beschwerde finden kann, dann eignet sich der Fall zur Restitution, und zwar kann diese bei demselben oder bei einem höhern Richter bewirkt werden;

1) Daß das Urtheil aus andern Gründen nichtig seyen, und dann dieser Gründe wegen das Urtheil als nichtig angegriffen werden kann, braucht kaum bemerkt zu werden.

2) Mein Handb. über die Rechtsm. B. I. S. 201.

Digitized by Google

b) oder ob der abwesend Verurtheilte nicht darin, daß er mit seinem Vorbringen beschränkt worden ist, sondern in der Anwendung des Rechts auf den Fragefall, in der im Urtheile ausgesprochenen richterlichen Reflexion seine eigentliche Beschwerde findet, so daß er abgesehen davon, daß in seiner Abwesenheit das Urtheil erging, er dagegen im gewöhnlichen Gange des Verfahrens durch Appellation sein Recht ferner hätte verfolgen müssen, dann muß binnen der bestimmten Frist appellirt werden.

Keine Restitution kann nun ohne causae cognitio [1]), welche auf das Vorhandenseyn der iusta causa und laesio gerichtet ist, ertheilt werden.

Da es sich hier nun immer um eine Restitutio contra rem iudicatam handelt, so scheint es, daß die laesio immer nur in der Ungerechtigkeit des Urtheils hätte bestehen können, gleichviel ob der Grund dafür, daß ungerecht gesprochen ist, in der fehlerhaften Reflexion des Richters allein liegt, oder blos darin gefunden wird, daß der abwesend Verurtheilte mit seinen Vorbringen beschränkt worden ist; denn diese Beschränkung allein kann wohl bei andern Restitutionsgesuchen, nicht aber bei der hier in Frage stehenden zureichen [2]). Gleichwohl ist diese Ansicht im ältern römischen Rechte nicht durchgehens befolgt.

Wenn die Hauptsache eine extraordinaria cognitio gewesen war, dann wurde wohl nicht eher restituirt bis an die Stelle des aufgehobenen Urtheils zugleich ein anderes gesetzt wurde [3]), es wurde also die Hauptsache in den Restitutionsprozeß gezogen, und durch das Restitutionsdecret nicht nur das Urtheil cassirt, sondern auch ein anderes an seine Stelle gesetzt.

---

1) Fr. 8. de J. J. R. 4, 1.

2) Meine Abh. im Arch. f. c. P. 10. B. 272. f.

3) Fr. 9. pr. de minor. 4, 4.

Digitized by Google

Wenn aber in einem iudicium verhandelt war, wo vor Justinian nicht bei dem Judex, sondern bei dem Magistratus, der den iudex gegeben hatte, Restitution nachgesucht werden mußte [1]), dann war es häufig, daß der Prätor schon den Verlust des Prozesses als laesio betrachtete, das Urtheil des Judex blos cassirte, und die nochmachmalige Untersuchung der Hauptsache in einem neuem iudicium anordnete [2]); aber auch in solchem Falle dürfte der Prätor zugleich, ohne ein neues iudicium anzuordnen, reformiren [3]).

Wenn übrigens der Fall von der Art ist, daß das Restitutionsgesuch bei Gelegenheit der Appellation geltend gemacht werden soll, dann wird der Restitutionsprozeß in das Appellationsverfahren hineingezogen.

§. 6.

Die Frage, ob eine Nullität nicht durch stillschweigende Anerkennung geheilt werden könne? ist in neuster Zeit mehrfach besprochen werden, und verdient deshalb einer nähern Erörterung. Vor allem ist es aber nöthig den Inhalt dieser Frage, und damit das dadurch festzustellende practische Moment näher zu bestimmen. Durch die Heilung einer, einem Urtheile anklebenden, Nullität würde dasselbe ein rechtskräftiges, also ein die Rechte formell gültig bestimmendes Urtheil werden, also ius inter partes machen. Das an einer Nullität leidende Urtheil muß deshalb, abgesehen jetzt noch von der rechtlich möglichen Heilung durch assensus, der Art seyn, daß es im Uebrigen denkbarer Weise als ein

1) Const. 3. ubi et apud quem. 2, 47. Zimmern III. S. 502. Nr. 19. Heffter Institut. S. 495. §. 3.

2) Stellen bei Hollweg I. S. 379. Nr. 22.

3) Fr. 13. §. 1. de minor. 4, 4. „et hoc vel cognitione praetoria, vel recissa alienatione, dato in rem iudicio. Hollweg a. a. O. S. 379. N. 23.

Digitized by Google

die Rechte der Partheien normirendes Urtheil betrachtet werden könnte. Dieses ist aber nicht der Fall, wenn das Urtheil von einem absolut unfähigen Richter, z. B. im Zustande der Geisteszerrüttung gesprochen, oder unter Partheien ergangen wäre, die absolut unfähig sind, vor Gericht zu stehen, oder Formen vernachläßigt wären, rücksichtlich welcher schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen weder Genehmigung noch Verzicht noch Ratifikation stattfände [1]). Dasselbe gilt von Urtheilen, die wegen ihrer Allgemeinheit, Unbestimmtheit, Unverständlichkeit oder unsinnigen Inhalts gar nicht zu vollziehen sind [2]).

Da nun der im neueren römischen Rechte durchgehens gültige Grundsatz, daß, wenn die Rechtsbeständigkeit eines Geschäfts die Einwilligung einer Parthei erfordert, diese auch nachträglich erfolgen, und das Geschäft wirksam machen kann [3]), gerade in den Quellen auf prozessualische Nichtigkeiten vielfach zur Anwendung gebracht ist [4]), und insbesondere darin sich ausspricht, daß nicht jede Parthei in allen Fällen sich auf die Nichtigkeit berufen kann [5]), und die Unterlassung der zeitigen Anwendung der erforderlichen Rechtsmittel, das an einer Nichtigkeit leidende Urtheil, der Rechtskraft fähig macht; so darf man wohl im Allgemeinen annehmen, daß in denjenigen Fällen, in welchen die Gesetze eine Nichtigkeit aus solchen Verhältnissen ableiten, die von der Bestimmung der Partheien in der Weise abhangen, daß mit ihrer Einwilligung oder überhaupt auf den

---

1) Hefftter Institut. S. 253.

2) Fr. 3. quae sent. sine appellat. 49, 8. Const. 3. 4. quae sent. sine certa causa 7, 46.

3) Const. 7. pr. ad SCtm. Macedon. 4, 28. Const. 25. de donat. in V. et U. 5, 16.

4) Fr. 57. de re ind. 42, 1. Fr. 1. §. 1. 2. de feriis 2, 12.

5) Const. 14. de procurat. S. oben §. 2.

Digitized by Google

Grund ihres Benehmens das Verhältniß auch in der Statt gehabten Weise hervortreten könnte, ohne eine Nichtigkeit zu veranlassen, auch durch eine spätere Zustimmung die Nichtigkeit geheilt werde. Da endlich in Fällen dieser Art die Nichtigkeit nicht amtlich, sondern nur auf Anregung eines Betheiligten, Gegenstand der richterlichen Erörterung und Entscheidung werden kann, wie aus der Behandlung aller hierher gehöriger Fälle in den Gesetzen hervorgeht [1]), so liegt auch hierin eine indirecte Bestätigung der aufgestellten Behauptung.

Daß die Parthei, welche befugt ist, ein Urtheil als nichtig anzugreifen, auch befugt ist, ausdrücklich auf dieses Recht zu verzichten, kann nicht bezweifelt werden; aber noch weniger ist ihr das Recht abzusprechen, das an einer Nichtigkeit leidende Urtheil als ein sie bindendes anzuerkennen. In Fällen, wo eine solche Anerkennung ausdrücklich erfolgt wäre, würde ihre rechtliche Wirksamkeit auch wohl nicht in Zweifel gezogen worden; und dieses dürfte wenigstens unbestreitbar auch aus Const. 3. quomodo et quando iudex. 7, 43. hervorgehen. Die Bestimmung dieser Constitution ist von jeher, besonders aber in neuerer Zeit wieder vielfach besprochen worden, und verdient deshalb eine nähere Beleuchtung. Sie lautet: „Ab eo iudicato recedi non potest, quod vobis absentibus et ignorantibus atque indefensis dicitis esse prolatum, si, ubi primum cognovistis, non illico de statutis querelam detulistis. Ita enim firmitatem sententia, quae ita prolata est, non habebit, si ei non sit accomodatus assensus.“

Vorerst entsteht hier die Frage: ob hier von einem Falle die Rede ist, in welchem der Verurtheilte gar nicht geladen,

1) S. hierüber Bethmann-Hollweg Handb. I. S. 374. f. §. 35. Zimmern Rechtsgesch. III. §. 167.

Digitized by Google

ihm gar keine Gelegenheit zum rechtlichen Gehör gegeben werden, das erfolgte Urtheil also nichtig war? oder ob von einem Falle, worin zwar das Contumacialverfahren gehörig statt fand, der Nichterschienene ob contumaciam *praesumtam* verurtheilt also ein Contumacialurtheil erfolgt war? welches letztere der Rechtskraft unbezweifelt fähig ist. Dieses Letztere war schon die Ansicht der Glosse, wenn sie bemerkt: „intellige quod lite contestata contra me, et iurato de calumnia, fui absens, et iudex requisivit me, et non fui inventus, et sic pronunciavit contra me definitive," und diese Ansicht ist später von vielen[1]) besonders auch von Gesterding[2]), vorzüglich aber von Franke[3]) in Schutz genommen. Dieser versucht aus dem Zusammenhange der Const. 3. mit den Const. 1. u. 2. quomodo et quando nachzuweisen, daß das Gesetz den Fall des wissentlichen Ausbleibens bei einer Edictalcitation vor Augen habe, denn nachdem in Const. 1. gesagt worden, der Richter sey zwar nicht verbunden, contra absentes sententiam dare, wohl aber könne er unter Umständen den Abwesenden verurtheilen, also offenbar auf das eremodicium Bezug genommen werde, heiße es in Const. 2. „Cessante quoque causa peremtorii edicti, adversus eos, qui admoniti iudicio adesse noluerunt, sententiam a iudice posse proferri," wo also ein eigentlicher Contumacialfall vorliege. Der dritte Fall, der durch die Const. 3. cit. be-

1) Brunnemann ad Const. 3. cit. ibiq. cit.

2) Ausbeute von Nachforschungen III. S. 132. Note. — Die Ansicht Leyser's (Med. ad Pand. Spec. 469. Med. 7.) der die Stelle von dem Falle versteht, wo der Verurtheilte blos zur Publikation der Sentenz nicht geladen war, verdient keine Widerlegung.

3) Arch. f. civ. Prax. XIX. S. 391. f.

4) Const. 1. quomodo et quando 7, 43. „Non semper compelleris, ut adversus absentem pronunties, propter subscriptionem patris mei, qua significavit, etiam contra absentes sententiam dari solere. Id enim eo pertinet, ut etiam absentem damnare possis, non ut omnino necesse habeas."

Digitized by Google

stimmt werden solle, sey nun ohne allen Zweifel der, wenn gegen den Beklagten eine Edictalcitation ausgebracht sey, er aber von derselben aus irgend einem Grunde keine Kunde bekommen habe. Der Richter erkenne hier im Termine gegen den Ausgebliebenen. Die Natur des Edictalprozesses erfordere dies, abgesehen von der Wissenschaft des Verurtheilten. Die Natur des Edictalprozesses erfordere noch mehr: da das ganze Verfahren darauf berechnet sey, den Kläger unter der Abwesenheit des Beklagten und unter der Unbekanntschaft seines Aufenthaltsorts nicht leiden zu lassen, ihm dessenungeachtet gegen den Beklagten einen möglichst schleunigen Prozeßgang zugänglich zu machen, und ihm auf diesem Wege sobald als möglich zu seinem Rechte zu verhelfen, so müsse auch durchaus der edictaliter Citirte genöthigt seyn, sobald er Kunde von dem wider ihr ergangener Urtheile erhalten, gegen dasselbe Remedur zu suchen. Denn, solle ihm dazu noch die gewöhnliche Restitutionszeit (und auf etwas Anderes als auf Restitution würde der Verurtheilte unter den angenommenen Umständen, auch ohne jene spezielle Bestimmung nimmermehr Anspruch haben) offen stehen, so würde der im Edictalprozeß auf diese Weise Gewinnende durch das erwirkte Urtheil wenig gewonnen haben. Auf der Stelle sey das Urtheil, wie jedes Contumacialurtheil, rechtskräftig; aber der Beweis, erst eben vor erhobenem Restitutionsgesuche von der wieder ihn ergangenen Ladung und von dem gesprochenen Erkenntniß Kunde erhalten zu haben, werde den Beklagten mit seinem Restitutionsgesuche durchdringen lassen. Versäume er aber auch dieses, so würde nur, wenn er innerhalb der Restitutionszeit beweisen könne, daß er sogleich nach erlangter Kenntniß des Urtheils an der Recursnahme verhindert gewesen sey, auch noch hinterher der Restitution gegen das rechtskräftige Urtheil nicht im Wege stehen. Die Schlußworte der Const. 3. cit. stehen dieser Interpretation nicht entgegen; denn ein durch

Stillschweigen zu erkennen gegebener assenssus lasse sich im Edictalverfahren bei vernachläßigter Edictalcitation wohl als eine vernünftige Fiction rechtfertigen, während er im ordentlichen Civilprozesse unter Voraussetzung überhaupt nicht ergangener Ladung als ein vollständiges Räthsel erscheinen würde. Bestätigung finde die Interpretation überdies auch in der Ueberschrift des Titels. Aus allem diesem ergebe sich, daß die Voraussetzung der Const. 3. cit. keineswegs ein nichtiges Urtheil sey, daß demnach auch nicht von einer Heilung der Nichtigkeit die Rede seyn könne.

Allein uns scheint es immer noch, daß diejenigen [1]) richtiger interpretirt haben, welche der Constitutio 3. den Fall eines nichtigen Urtheils unterstellen. Denn daß man gegen abwesende Partheien, für welche kein Vertheidiger aufgetreten war, erkannt hatte, wird eben so bestimmt gesagt, als daß das ordentliche Edictalverfahren nicht eingeleitet gewesen war, weil, wenn aus dem Worte „ignorantibus" dieses auch insofern nicht nothwendig gefolgert zu werden brauchte, als angenommen werden dürfte, daß diese ignorantia von Seiten der Verurtheilten ein leeres Vorgeben seyn könnte, so wird in der Stelle selbst doch dieses Vorgeben als wahr vorausgesetzt: sententia quae *ita* (d. h. vobis absentibus et *ignorantibus* atque indefensis) *prolata* est, firmitatem non habet." Wäre die Beobachtung des Edictalverfahrens vorausgesetzt, dann hatte ja die sententia firmitatem, ohne daß ein assensus nöthig war [2]). Nimmt man aber an, daß das Urtheil

1) Perez ad Const. 3. cit. Cuiac. Paratit. III. 159. 109. Zimmern Rechtsgesch. III. S. 416. Bethmann-Hollweg Handb. I. §. 35. N. 1. S. 374. vorzügl. Heffter Institut. S. 507. f. u. S. 253. H. M. de Bardeleben Diss. de sententiarum nullitate. Berol. 1836. §. 10. p. 25. seq.

2) Fr. 14. §. 1. de appellat. 49, 1. „qui adesse neglexit" Const. 1. 2. quomodo et quando iudex. 7, 43. Const. 1. 2. quibus ex causis maj. 2, 54.

Digitized by Google

deshalb mit einer Nichtigkeit behaftet war, weil die Beklagten ohne alle Nachricht über die gegen sie eingeleitet gewesene Procedur geblieben, deshalb nicht zugegen gewesen, und nicht vertheidigt waren, und der Kaiser spricht nun aus, daß ein, unter solchen Umständen erfolgtes Urtheil keine Kraft habe, wenn nicht ein assensus hinzukomme; so folgt doch auch, daß die Nichtigkeit durch hinzukommenden assensus geheilt werden konnte. Ein solcher assensus liegt nach dem Ausspruche des Kaisers darin, daß die Betheiligten, als sie Kunde von dem Judicat erhielten „non illico querelam" dagegen erhoben haben. Diese Bestimmung ist vom Kaiser selbst auch nicht so betrachtet worden, als wenn dadurch der Grundsatz, wornach Urtheile, die ergangen sind, bevor dem einen Theile Gelegenheit zum rechtlichen Gehör gegeben wurde, nichtig sind[1]), aufgehoben seyn; sondern nur, daß die Nichtigkeit geheilt werden könne, und zwar durch assensus, der aber schon in der Unterlassung der zeitigen Anbringung einer Querel liege. Auch hat das Wort „illico" in den Gesetzen so wenig, wie der Ausdruck in continenti die Bedeutung, daß die Handlung sogleich (auf der Stelle, in loco) geschehen müsse, sondern es wurde darunter eine kürzere, in den Gesetzen sonst für derartige Handlungen begründete, Frist verstanden[2]), und hier war wahrscheinlich die ehemals zwei oder dreitägige Appellationsfrist gemeint[3]) die Justinian auf zehn Tage erweiterte[4]),

1) Fr. 1. §. 3. quae sent. sine appellat. 49, 8. „Item cum ex edicto peremtorio, quod neque propositum est, neque in notitiam pervenit, absentis condemnatio fit, nullius momenti esse sententiam, constitutiones demonstrant."

2) Const. 18. de iud. 3, 1. „illico autem, id est intra triduum proximum." Vergl. Fr. 23. §. 4. ad L. Jul. de adult. 48, 5. Const. 3. de error. advoc. 2, 10.

3) Fr. 5. §. 4. de appellat. 49, 1. Fr. 1. §. 11. 12. quando appell. 49, 4.

4) Nov. 23. c. 1.

Digitized by Google

und die deshalb auch für jene Querel gelten mußte. Daß dagegen durch jene Bestimmung von Gordian der Gesichtspunkt, welcher das frühere römische Recht von nichtigen Urtheilen allgemein auffaßte, nämlich der: daß ein nichtiges Urtheil, eben weil es kein wirkliches sondern nur ein Scheinurtheil sey (non est iudicatum, sententia nulla, nullius momenti est), keiner Anfechtung und Aufhebung durch Appellation oder ein sonstiges ordentliches Rechtsmittel bedurfe, sondern man zu jeder Zeit alle positive Wirksamkeit eines solchen Scheinurtheils abweisen könne; allerdings, wenigstens bei den Urtheilen, die wegen nicht gehörig eingehaltenen Contumacialverfahren nichtig sind, zerstört worden ist, begreift sich leicht; wenn es auch nicht klar ist, ob jene Querel, von der das Gesetz bei dieser Gelegenheit redet[1]), als eine einfache Protestation, oder als Appellation[2]) zu betrachten ist. Endlich geht aus dem Dargestellten hervor, daß schon dem römischen Rechte der Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten, der Sache nach, bekannt war.

§. 7.

Die Gerichtssprache der Römer war anfänglich die lateinische[3]) und selbst in den Provinzen, in welchen nicht lateinisch geredet wurde[4]), erließen die römischen Obrigkeiten

---

1) S. auch Fr. 75. de iud. 5, 1. wo von einer Querel beim Judex gegen die zur Vollziehung stehenden Sentenz des Prätors die Rede ist.

2) Const. 11. quomodo et quando 7, 43. „appellasti." — Const. 12. C. Th. de appell. „Similter et si ad exactionem annonariam nominatus de iniustia queratur, *non appellatio* sed *querela* hoc videbitur. Ideoque nec tempora appellationum servanda sunt, sed mox super huiusmodi querimoniis disceptandum.

3) Dirksen civilist. Abh. N. 1.

4) Fr. 28. de re iud. 42, 1. Bei weniger förmlichen Theilen der Verhandlung, oder bei Verfügungen, wo es auf möglichste Publicität ankam, bediente man sich auch wohl der Landessprache. Const. 10. 17. ex quib.

Digitized by Google

förmliche Decrete, also auch Urtheile, nur lateinisch [1]); später wurde aber von Arcadius und Honorius (J. 397.) ausdrücklich erlaubt sich sowohl der griechischen als latein. Sprache bei Urtheilen bedienen zu dürfen [2]). Jede richterliche Verfügung war außerdem ein mündlicher Ausspruch, ein pronuntiare; aber die Sentenz mußte doch schriftlich redigirt, und vom Richter vorgelesen [3]) werden, sonst war sie nichtig. „Statutis generalibus iussimus, ut universi iudices, quibus redendi iuris in provinciis permissimus facultatem, cognitis causis ultimae definitiones de scripti recitatione proferant. Huic adiicimus sanctioni, ut sententia, quae dicta fuerit, quum scripta non esset, *nec nomen quidem sententiae habere mereatur*, nec ad *rescissionem* perperam decretarum *appellationis solennitas* requiretur [4]). Sodann mußte das Urtheil an einem öffentlichen Orte, in öffentlicher Gerichtssitzung publizirt werden: Quum sententiam Praesidis irritam esse dicis, quod *non publice*, sed in secreto loco, *officio ejus non praesente*, sententiam suam dixit, *nullum* tibi ex iis, quae ab eo decreta sunt,

caus. infam. 2, 12. Fr. 13. §. 6. de iureiur. 12, 2. Fr. 9. §. 8. de poenis 48, 19.

1) Z. B. in Fr. 1. §. 1. 2. quae sent. sine appellat. 49, 8. Const. 3. 4. quae sine certa. 7, 46. Const. 2. quando prov. 7, 64.

2) Const. 12. de sent. 7, 45.

3) Also nicht erst aufgeschrieben werden, nachdem es gesprochen ist, wie Gesterding, Nachforsch. III. S. 138 will. Denn die Gründe welche für die schriftliche Abfassung angeführt werden, sind gerade Gründe dafür, daß das vorher schriftlich abgefaßte Urtheil publizirt wird.

4) Const. 3. de sent. ex periculo recitandis. 7, 44. Nähere Bestimmungen und Beschränkungen in Const. 1. 2. eod. Nov. 17. c. 3. Nov. 83. pr. Nov. Leon. 45. Bethmann-Hollweg Handb. I. S. 233. f. Zimmern Rechtsgesch. III. § 137. S. 415. — Nach Nov. 17. c. 3. erlaubte Justinian nur in geringfügigen Sachen ganz gemeiner Leute einen blos mündlichen Ausspruch ohne schriftlichen Aufsatz — eine Ausnahme, die den Prinzipien des canon. und deutschen Rechts nicht gemäß ist. Hefftter Institut. S. 245. —

Digitized by Google

praeiudicium generandum esse, constat [1])"; und nicht an der Religion geweihten Feſt- und Sonntagen, wider den Willen der Partheien [2]).

§. 8.

Rückſichtlich des Inhalts war das Urtheil nichtig:

1) wenn es gar keine, oder keine beſtimmte Losſprechung oder Verurtheilung enthielt [3]). Schon der Begriff von res iudicata [4]) führte darauf, daß ein Urtheil nichtig war, worin nicht bezüglich aller ſtreitenden Theile Entſcheidung erfolgte, quia non potest ex uno iudicio res iudicata in partem valere, in partem non valere [5]); und die Beſtimmtheit erforderte nothwendig, daß der Betrag entweder beſtimmt ausgedrückt [6]), oder durch Verweiſung auf andere

1) Const. 6. de sentent. et interloc. omnium iud. 7, 45. Const. 5. quomodo. 7, 43.

2) Const. 2. de feriis. 3, 12. Vergl. Const. 1. 7. 11. eod. — Const. 4. quomodo et quando 7, 43. Fr. 1. §. 1. de feriis 2, 12. „hique sponte venerunt .... sententia valebit" ..... sententiam nullius esse momenti. Ausnahmen. Paul. S. R. II. 25. §. 3. Fr. 1. §. 2. Fr. 2. 3. de feriis. Const. 5. 6. 8. eod. — S. Bethmann-Hollweg a. a. O. §. 19.

3) Const. 11. de sent. 7, 45. „Cum judex in definitiva sententia iusiurandum solummodo praestari praecipiat, non tamen addat, quid ex recusatione vel praestatione sacramenti fieri oportet, huiusmodi sententiam *nullam vim obtinere*, palam est." Const. 3. eod.

4) Fr. 1. de re iud. 42, 1.

5) Fr. 27. fam. erciso. 10, 2. Dagegen konnte daſſelbe Urtheil relativ für einzelne Betheiligte rechtsgültig, für andere nichtig, auch theilweiſe gültig, theilweiſe nichtig ſeyn, und eben ſo brauchte nicht über alle Streitpunkte zugleich entſchieden zu werden. Von dieſen Geſichtspunkten ausgehend, harmonirt das Fr. 27. cit. vollkommen mit Fr. 41. 47. de re iud. 42, 1. Fr. 19. §. 1. de recept. 4, 8.

6) Const. 4. de sent. quae sine certa quantitate profertur. 7, 46. *Quae bona fide accepisti solve*, quum incertum esset, quid accepisset, quantumque ab eo peteretur, praesertim cum ipse, qui extra ordinem iudicabat, interlocutus sit, dotem datam, quae repeteretur non liquidam esse, *iudicati auctoritate non nititur*" ...

Digitized by Google

Theile der Acten deutlich erkennbar gemacht wurde [1]), oder blos die Verbindlich Gegenstand des Streits war, so daß der Betrag erst in Folge einer Liquidation zu ermitteln war [2]).

2) wenn es Aussprüche enthielt, deren Erfüllung der Natur der Sache nach unmöglich waren, also einen Unsinn aussprach [3]), z. B. es wurde jemand verurtheilt, der nicht existirte [4]);

3) wenn das Urtheil nicht auf die zu verurtheilende Person lautete [5]),

4) wenn es sich über das Klagobject hinausdehnte [6]).

---

1) Fr. 5. §. 1. D. 42. 1. „Si index aliquem sic condemnet, ut quod habet ex testamento vel codicillis Mevii, restituereat Titio, sic accipiendum est, quasi quantitatem nominaverit, quae testamento vel codicillis relicta est. Sed et si fideicommissum sine scriptura pronunciatum est, idem erit probandum.“ Fr. 59. §. 1. eod. „Amplius est rescriptum: etsi in sententia non sit summa adiecta, si tamen is, qui petit, summam expresserit, et iudex ait: solve, quod petitum est, vel quantum petitum est, valere sententiam.“ Const. 3. de sent. quae sine certa quantitate profertur. 7, 46. „. . . . quum apud iudices ita demum sine certa quantitate facta condemnatio auctoritate rei iudicatae censeatur, si parte aliqua actorum certa sit quantitas comprehensa.“

2) Const. 2. Cod. 7, 46. Const. 5. de sent. 7, 45. Vergl. Fr. 109. §. 1. de legat. I. Fr. 12. de legat. III. Fr 37. de fideic. lib. Fr. 25. de agn. v. alend. lib.

3) Fr. 3. quae sent. sine appellat. 49, 8. Dem physisch Unmöglichen steht das rechtlich und sittlich Unmögliche gleich. Arg Fr. 21. §. 7. de recept. 4, 8. Fr. 135. 182. 185. de R. J.

4) Fr. 2. sent. s. a. 49, 8. Darum auch waren Urtheile gegen schon Verstorbene nichtig. Fr. 74. §. 2. de iud. 5, 1. Fr. 59. §. 3. de re iud. 42, 1.

5) Const 1. de sent 7, 45.

6) Const. 4. Comminat. 7, 57. Vergl. Fr. 18. Communi divid. 10, 3.

Digitized by Google

§. 9.

5) Auch solche Urtheile sind nichtig, deren Inhalt in offenbarem Widerspruche mit dem klaren Rechte steht. Das ältere römische Gerichtsverfahren beruhte auf der Maxime, daß regelmäßig die Thatsache und die Rechtsanwendung verschiedenen Richtern anheim fallen müsse. War das Factische irrig aufgegriffen und beurtheilt, dann war, um die ungerechte Entscheidung zu verbessern, Appellation nöthig; war dagegen offenbar gegen klares Recht gesprochen, dann bedurfte es keiner Appellation, denn die Entscheidung war nichtig. Die Gesetze enthalten hierüber folgende wesentliche Bestimmungen:

Fr. 1. §. 2. quae sentent. sine appellat. 49, 8.

„Item cum contra sacras constitutiones iudicatur, appellationis necessitas remittitur, cum *de iure constituto, non de iure litigatoris* pronuntiatur. Nam si iudex, volenti se ex cura muneris vel tutelae beneficio liberorum vel aetatis, aut privilegii excusare, dixerit, neque filios, neque aetatem aut ullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse, de iure constituto pronuntiasse intelligitur. Quodsi de iure suo probantem admiserit, sed idcirco contra eum sententiam dixerit, quod negaverit eum de aetate sua aut de numero liberorum probasse, de iure litigatoris pronuntiasse intelligitur, quo casu appellatio necessaria est.“

Const. 2. cod. 7, 64.

„Si, quum inter te et aviam defuncti quaestio de successione esset, iudex datus a Praeside provinciae pronuntiavit, potuisse defunctum etiam minorem quatuordecim annis testamentum facere, ac per hoc aviam potiorem esse, sententiam eius contra tam manifesti iuris formam datam nullas habere vires palam est, et ideo in hac specie nec provocationis auxilium necessarium fuit. Quodsi, quum de aetate quaereretur, implesse defunctum quartum decimum

Digitized by Google

annum, et per hoc iure factum testamentum pronuntiavit, nec provocasti, aut post appellationis impletam causam destitisti, rem iudicatum detractare non debes."

Fr. 32. de re iud. 42, 1.

„Cum prolatis constitutionibus contra eas pronuntiat iudex; eo quod non existimat causam, de qua iudicat, per eas iuvari, non videtur contra constitutiones sententiam dedisse; ideoque ab ejusmodi sententia appellandum est, alioquin rei iudicatae stabitur."

In diesen Gesetzen ist, wie in mehrern andern[1]) sehr bestimmt der Grundsatz ausgesprochen: daß Urtheile, worin wider Gesetze gesprochen ist, nichtig seyn[2]), und zur nähern Verdeutlichung und Erläuterung dieses Grundsatzes, werden die drei Stücke, auf welche es bei der Entscheidung jedes Rechtsstreits ankommt, betrachtet, und dabei wird bemerkt, ob contra ius constitutum s. constitutionis (ius in thesi), oder contra ius litigatoris (ius in hypothesi) gesprochen ist; nämlich:

a) Wenn der Richter in seinem Urtheile über die Merkmale des zu entscheidenden Falles fehlt, wenn er hierin falsch urtheilt, wenn er z. B. annimmt, eine Partei habe ein bestimmtes Alter, das Vorhandenseyn einer bestimmten Kinderzahl u. dergl. nicht bewiesen, während der Beweis in der That vielleicht vollständig erbracht ist, dann ist nicht contra ius constitutionis, sondern blos contra ius litigatoris entschieden, das Urtheil kann unrecht, unbillig seyn, aber nichtig ist es nicht.

b) Wenn der Richter das Factum unter das unrichtige

1) Fr. 19. de appellat. 49, 1. Const. 5. quando prov. n. e. n. 7, 64. Nov. 113. c. 1. §. 1. Strafrechtliche Bestimmungen enthalten Fr. 6. §. 10. de iniusto, rupto. 28, 3. Fr. 9. §. 11. de poenis. 48, 19. Fr. 13. §. 8. de his qui not. Fr. 7. §. 4. de interd. et relegat.

2) Der Grund, aus welchem Almendingen Metaphysik S. 283. f. in der Note, Unanwendbarkeit behauptet, ist durchaus unzureichend.

Digitized by Google

Gesetz subsummirt, und nun ein Urtheil über die Identität der Merkmale des zur Entscheidung vorliegenden Falles mit den Merkmalen des in dem anzuwendenden Gesetzes vorausgesetzten Falles gibt, welches deshalb fehlerhaft ist, weil hier keine Identität vorhanden ist, dann ist ein solches Urtheil gleichfalls ungerecht, aber nichtig ist es nicht; es ist also nicht contra ius constitutum, sondern contra ius litigatoris.

c) Wenn aber der Richter das Factum unter eine Regel subsummirte, die nicht nur kein Gesetz ist, sondern die gerade zu einem klaren Gesetze widerspricht, dann ist sein Urtheil contra ius constitutionis, und deshalb nichtig.

Irrige Urtheile unter das Thatsächliche des Rechtsstreits, fehlerhafte Subsumtion des Faktums unter das Gesetz, so wie fehlerhafte Wahl des anzuwendenden Gesetzes führt zu einer sententia *iniusta* oder *iniqua*, aber nur gänzliches Verkennen des Inhalts eines klaren Gesetzes führt zu einer sent. *nulla*. Ein Urtheil contra ius constitutum setzt aber auch wesentlich voraus, daß die Regel, unter welche der Richter das Faktum subsumirte, einer klaren Rechtsregel widerspricht [1]), daß also das Gegentheil der Regel, welche der Richter anwendete, als klares Recht anerkannt ist. Ob die wahre Rechtsnorm, gegen die der Richter geurtheilt hat, geschriebenes oder ungeschriebenes Recht ist, ist einerlei [2]), nur muß die wahre Rechtsregel unzweifelhaft als Rechtsnorm bestehen, und klar seyn. Wenn sich deshalb der Richter in Fällen, wo ihm das vorhandene Recht [3]) keine unzweifelhafte und klare Rechtsnorm darbietet [4]), eine Regel bildete, die dem Geiste des Rechts widerspreche, die alle Analogie gegen sich hätte, die von ungewöhnlicher ja

1) Arg. Fr. 29. de legib. 1, 3.
2) Fr. 32. 35. 36. 38. eod.
3) Fr. 32. de legib. 1, 3.
4) Fr. 17. 19. 23. 25. 38. eod.

Digitized by Google

gänzlicher Unfähigkeit des Richters, das bestehende Recht in seinem Geiste anzuwenden, den deutlichsten Beweis lieferte, so wäre ein darauf gebautes Urtheil doch nicht nichtig, weil es nicht gegen ein unzweifelhaftes klares Gesetz, nicht contra ius constitutum verstieß. Denn wenn auch ausdrücklich gesagt ist: „et quidem inprimis illud observare debet iudex, ne aliter iudicet, quam legibus, aut constitutionibus, aut moribus proditum est [1]); so erkennen die Gesetze daneben doch an:

„Non possunt omnes articuli singilatim aut legibus, aut senatusconsultis comprehendi, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui iurisdictioni praeest, ad *similia procedere*, atque *ita ius dicere* debet [2])."

„Nam, ut ait Pedius, quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est et cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel *interpretatione*, vel certe iurisdictione *suppleri* [3])."

„De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri aportet, quod moribus et consuetudine inductum est; et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est; si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs utitur, servari oportet [4])."

So lange der Richter nicht gegen ein unzweifelhaftes klares Gesetz gesprochen hat, ist sein Urtheil nicht contra ius constitutum, insbesondere niemals, wo die Anwendung vorhandener Gesetze erst durch Interpretation ermittelt, eine Rechtsregel erst durch Abstraction aus andern Rechtsbestimmungen gefunden, also zur Analogie gegriffen werden mußte. Der Verstoß, den sich den Richter bei der Intrerpretation

1) pr. J. de officio iudicis. 4, 17.

2) Fr. 12. de legibus. 1, 3.

3) Fr. 13. eod.

4) Fr. 32. eod. Vergl. Fr. 27. „similes." Fr. 80. eod.

Digitized by Google

oder Aufstellung einer Analogie, gegen den Geist der Gesetze etwa zu Schulden kommen ließ, kann gleich offenbar seyn, als da, wo er gegen unzweifelhafte klare Gesetze gesprochen hat; aber gleichwohl ist in jenem Falle nicht contra ius constitutionis gesprochen. So oft der Richter contra ius constitutum spricht, beweißt er Mangel an Rechtskenntniß, wenn man nicht die Absicht, das Recht beugen zu wollen unterstellt; so oft er contra ius litigatoris spricht, sei es, daß er das Thatsächliche des Rechtsstreits ungeschickt ansieht, daß er unter nicht passende Rechtsnormen subsumirt, falsch das vorhandene Recht interpretirt, fehlerhaft Analogien bildet, die Folgen eines Rechtsgeschäfts unlogisch bestimmt, beweißt er Mangel an wissenschaftlicher Rechtsbildung. Im Resultate kann der Mangel an Rechtsbildung eben so arge Verletzungen der Partheien, vielleicht oft ärgere noch herbeiführen, als Mangel an Rechtskenntniß des Richters; aber das römische Recht hat nun einmal auf jenen Unterschied den Begriff einer Nichtigkeit, welche aus dem Urtheilen contra ius constitutum entsteht, gebaut.

Eine andere Frage ist die: ob es, damit ein Urtheil als contra ius in thesi gesprochen, angesehen werde, nothwendig sey, daß der Richter den falschen Rechtssatz ausdrücklich ausgesprochen, entweder in das Urtheil oder in die Entscheidungsgründe aufgenommen habe; oder ob es schon genügt, wenn aus dem Urtheile selbst, so wie es lautet folgt, daß der Richter eine dem unzweifelhaften und klaren Gesetze widersprechende Regel befolgt habe?

Nach einer Aeußerung Modestins scheint das Erstere der Fall gewesen zu seyn:

Fr. 19. de appellat. 49, 1.

„Si *expressim* sententia contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet, et ideo et sine appellatione causa denuo induci potest. *Non iure profertur sententia*, si *specialiter*

contra leges, vel senatusconsultum vel constitutionem fuerit prolata."

Die Prozessualisten behaupten gewöhnlich das Gegentheil[1]), und finden durch die Worte „expressim" und „specialiter" nur ausgedrückt: ein Urtheil gelte nicht, wenn es geradezu gegen das Gesetz verstoße, nicht blos im Auslegen eines zweifelhaften Gesetzes gefehlt sey; und wenn der Sinn jener Worte auch der gewöhnliche wäre, so würde daraus, daß die Gesetze an einer Stelle sagten, wovon sie an andern schwiegen, das Urtheil gelte nicht, wenn es ausdrücklich gegen die Gesetze verstoße, noch nicht folgen, also gelte es, wenn es zwar gegen die Gesetze, aber nicht ausdrücklich verstoße." Allein wenn man alle hierher gehörige Stellen näher betrachtet, so ergibt sich, daß die schon oben hervorgehobenen, nämlich Fr. 1. §. 2. D. 49, 8. Const. 2. 7, 64. u. Fr. 32. D. 42, 1. sich darauf beschränken, auszusprechen, daß der Grundsatz feststehe, wornach Urtheile die gegen die Gesetze verstoßen, nichtig seyn, und entwickeln, worin der Sache nach ein zur Nichtigkeit führender Verstoß sich von einem blos zu einem unbilligen oder ungerechten, mit der Appellation zu bestreitenden Urtheile, unterscheide. Die Lehre Modestins beschäftigt sich mit der Aufklärung dieses Unterschieds sichtbar nicht, wohl aber mit der Form, worin ein zur Nichtigkeit führender Verstoß gegen die Gesetze erscheinen muß, und gerade in den Worten expressim und specialiter liegt das Wesentliche jener Form. Modestin stellt nun erst den Grundsatz auf: daß wenn ein Urtheil ausdrücklich gegen ein seinem Wesen und seiner Bedeutung nach bestimmtes Recht verstoße (iuris rigor) es keine Gültigkeit habe, und erklärt, daß dieser Verstoß darin bestehe, daß die Sen-

1) Gesterding Nachforsch. III. S. 147. f. Frank im Arch. f. civ. Prax. B. 19. S. 400. de Bardeleben l. c. p. 37. seq. p. 42.

Digitized by Google

tenz insbesondere, d. h. nicht allgemein und überhaupt, sondern genauer bestimmt, also speziell, gegen Gesetze, Senatusconsulte oder Constitutionen müsse erlassen worden seyn. So erklärt, wird die Lehre Modestins nicht blos im gewöhnlichen, zwanglosen Wortverstande, aufgegriffen, sondern sie enthält auch nicht eine Wiederholung des Inhalts der andern Stellen, und die, mit einer offenbaren Energie gebrauchten Ausdrücke expressim und specialiter stehen nicht müssig da, sondern haben eine wesentliche Bedeutung.

Die Richtigkeit dieser Ansicht wird noch besonders durch eine andere Gesetzstelle, entlehnt von demselben Modestin, unterstützt:

Fr. 27. de re iud. 42, 1.

„Praeses provinciae in usuras usurarum condemnavit contra leges et sacras constitutiones, ideoque Lucius Titius contra prolatam sententiam iniustam Praesidis appellavit. Quaero: si non secundum legem hic Titius provocasset, an exigi possit pecunia secundum condemnationem? Modestinus respondit: si in sententia certa quantitas contineatur, nihil proponi, cur iudicati agi non possit."

Nach der gewöhnlichen Theorie wäre die hier zur Sprache gekommene Sentenz eine nichtige, weil der Präses gegen die Gesetze in usuras usurarum [1]) verurtheilt hatte [2]); allein sie dürfte doch nicht auch die des Modestin gewesen seyn, denn er nennt die sententia nicht *nulla*, sondern *iniusta*, und findet, wenn die dagegen gebrauchte Appellation, als nicht gehörig verfolgt, fortfällt, die Sentenz vollzichbar, wenn nur die condemnatio auf eine certa quantitas lautete. Daß hier Modestin mit den Worten: „nihil proponi, cur *iudicati agi* non potuit" eigentlich hat aus-

1) Fr. 29. de usuris. 22, 1. Const. 28. eod. 4, 32.

2) Diese Ansicht hatte der Verfasser selbst früher vertheidigt.

Digitized by Google

drücken wollen, es stehe der Vollziehung des Urtheils nichts, insbesondere auch nicht eine Nullität im Wege, folgt daraus: daß hierauf die Frage gerichtet war: „an *exigi* possit secundum condemnationem?“ und daß Modestin ausdrücklich eine der quantitas nach certa condemnatio ausdrücklich voraussetzt, deren Nichtdaseyn eine Nichtigkeit enthielt [1]). Der Grund, weshalb Modestin in dem condemnare in usuras usurarum contra leges et constitutiones keine Nichtigkeit fand, konnte nur darin liegen, weil nicht *expressim* sententia contra iuris rigorem gegeben, sie nicht *specialiter* contra leges etc. prolata war [2]). Denn daß deshalb, weil appellirt war, die Nichtigkeit nicht fortfiel, habe ich schon früher nachgewiesen [3]), und geht aus der erklärten Gesetzesstelle selbst hervor, weil, wenn keine certa quantitas in der Condemnatio enthalten gewesen, Modestin die Vollziehung für unzulässig gehalten hätte, während nach der jenseitigen Ansicht, da einmal Apellation ergriffen war, dadurch auch dieser Mangel hätte geheilt seyn müssen.

Um ein Urtheil, weil es speziell gegen das klare Recht anstoße, als nichtig betrachten zu dürfen, reicht es hiernach keineswegs hin, daß man aus der Entscheidung folgern kann, daß der Richter Ansichten, die contra ius constitutum sind, geleitet haben, sondern es muß im Urtheile oder den Entscheidungsgründen expressim und specialiter die Regel, welche contra ius ist, ausgesprochen, und davon Anwendung gemacht seyn. In wie weit dieses der Fall ist, insoweit ist das Urtheil nach römischen Rechte nichtig.

§. 10.

Nichtig waren Urtheile, welche ein in derselben Sache bereits ergangenes Urtheil aufheben oder abändern. Schon

1) Fr. 59. §. 3. de re iud. 42, 1.

2) Modestin in Fr. 19. de appellat. 49, 1.

3) S. Band 1. §. 144. meines Handb. üb. Rechtsw.

Digitized by Google

wenn darüber verhandelt wird, ob ein Urtheil vorliege oder nicht, und der Richter entscheidet, es liege keins vor, während dieses doch der Fall ist, so ist jene Entscheidung nichtig [1]); aber auch aufheben oder verändern kann ein Richter das Urtheil des andern nicht [2]), selbst derselbe Richter ist dazu nicht ermächtigt [3]). Nur auf dem Wege eines Rechtsmittels [4]), und in den bestimmt vorgezeichneten Fällen [5]), leidet der Grundsatz Modifikationen, die ihn im Wesentlichen aber nur noch schärfer bestimmen. Wenn unzulässige Abänderungen dennoch vorkommen, dann ist die dazu dienende Entscheidung ausdrücklich für nichtig erklärt:

Const. 1. sententiam rescindi non qosse 7, 50

„Neque suam, neque decessoris sui sententiam quemquam posse retractare, in dubium non venit; nec necesse esse ab huiusmodi decreto interponere provocationem, explorati iuris est."

Const. 9. de sentent. 7, 50.

„Post sententiam, quae finibus certis concluditur, ab eo, qui pronuntiaverat, vel ejus successore de quaestione, quae iam decisa est, statuta rei iudicatae non obtinent auctoritatem."

Selbst kaiserliche Rescripte gegen abgeurtheilte Sachen sind nicht zu befolgen:

Const. 3. sent. rescindi n. p. 7, 50.

„Impetrata rescripta non placet admitti, si decisae semel causae fuerint iudiciali sententia, quam provocatio nulla suspendit, sed eos, qui talia rescripta meruerunt, etiam limine iudiciorum expelli."

---

1) Fr. 1. pr. quae sent. sine appell. 49, 8.

2) Fr. 14. 42. de re iud. 42, 1.

3) Fr. 62. de re iud. 42, 1. S. mein Handb. I. §. 12. S 31. f.

4) Const 2. sentent. resc. 7, 50.

5) Mein Handb. üb. d. Rechtsmittel §. 12. 13.

Digitized by Google

Die Bestimmungen gelten nicht blos von in Rechtskraft übergegangenen Urtheilen, sondern von jedem Urtheile, denn der Grund für diesen Grundsatz ist allgemein bestimmend [1]), allgemein angewandt [2]). Das rechtskräftige Urtheile dahin auch gehören, versteht sich von selbst, und dafür sprechen dann außer den angeführten noch die Gründe, daß res iudicata pro veritate accipitur [3]), und durch ein rechtskräftig gewordenes Urtheil der Streit beendigt ist [4]).

Noch frägt es sich, ob das neue, contra rem iudicatam erfolgte, Judicat gilt: wenn die exceptio rei iudicatae nicht opponirt war? Hefftter [5]) lehrt, daß es gelte, wenn es nicht etwa durch ein außerordentliches Rechtsmittel noch aus dem Wege geräumt werden könne.

§. 11.

Bedingte Urtheile sind nur insofern nichtig, als sie nicht eine bestimmte Verurtheilung oder Lossprechung enthalten. Aus dem Grunde, daß ein bedingtes Urtheil den Rechtsstreit nicht endige, sondern auf unbestimmte Zeit hinausschiebe, kann Nichtigkeit bedingter Urtheile deshalb nicht abgeleitet werden, weil die Gesetze zwar als im Wesen der res iudicata liegend, angeben, „res iudicata dicitur quae finem contraversiarum pronuntiatione iudicis accepit; quod vel condemnatione, vel absolutione contingit [6]);“ aber daraus selbst so wenig auf bedingte Urtheile die fragliche Folge zur Anwendung gebracht, daß sie vielmehr, gerade bei der Gelegenheit, wo sie das Aussprechen bedingter Ur-

---

1) Fr. 55. de re iud. 42, 1.

2) Fr. 55. 62. eod. 42, 1.

3) Fr. 207. de R. J.

4) Gesterding Nachforschungen III. S. 142.

5) §. 5. J. de except. 4, 13. Hefftter Institut. S. 268. Note 109. S. 519. de Bardeleben l. c. §. 19. in f. pag. 44. — 5.

6) Fr. 1. de re iud. 42, 1.

Digitized by Google

theile für ungehörig erklären, doch auch anordnen, daß man dagegen appelliren müsse. Ulpian lehrt nämlich:

„Biduum vel triduum appellationis ex die sententiae latae computandum erit. Quid ergo, si sententia fuerit sub conditione dicta? utrum ex die sententiae tempus computamus ad appellandum, an vero ex die, quo conditio sententiae existit? Sane quidem non est sub conditione sententia dicenda; sed si fuerit dicta, quid fiet? Et est utile, statim tempora ad appellandum computari debere [1]).“ In einzelnen Fällen ist die Wirkungslosigkeit bedingter Urtheile allerdings ausgesprochen; aber der Grund der Wirkungslosigkeit dürfte nicht so sehr in der bedingten Abfassung als in andern Verhältnissen liegen. So wird gesagt: „Cum iudex in definitiva sententia iusiurandum solummodo praestari praecipiat, non tamen addat, quid ex recusatione vel praestatione sacramenti fieri oportet, huiusmodi sententiam nullam vim obtinere, palam est [2]).“ Hier ist von der Auflage eines nothwendigen Eides die Rede, auf dessen Leistung der Richter nicht erkennen soll, ohne zugleich die rechtlichen Folgen der Leistung oder Verweigerung auszudrücken. Die Verfügung ist aber in der That nichts weiter, als eine Anwendung des Grundsatzes, daß jedes Urtheil eine Lossprechung oder Verurtheilung bestimmt enthalten soll [3]).

Das Decret, von welchem Scävola im Fr. 37. de excusat. 27, 1. handelt, ist nicht deshalb wirkungslos, weil es bedingt abgefaßt wäre, sondern weil der Richter, ohne die Sache untersucht und das festgestellte Faktum unter ein Gesetz subsumirt zu haben, blos einen Rechtssatz im Urtheil ausspricht [4]).

1) Fr. 1. §. 5. quando appellaud. 49, 4.

2) Const. 11. de sent. 7, 45.

3) Heffter Institut S. 216.

4) de Bardeleben l. c. §. 20.

Digitized by Google

§. 12.

Auch ein eigentlicher error calculi wird niemals rechtskräftig, aber als nichtig kann ein Urtheil, in welchem sich ein solcher Verstoß findet, nicht angesehen werden [1]). Appellation ist freilich nicht nöthig, aber nicht deshalb, weil das Urtheil nichtig wäre, sondern deshalb, weil derselbe Richter, der den Fehler gemacht, ihn sogar ohne Antrag einer Parthei verbessern darf. Mit einem im Urtheil enthaltenen Rechnungsfehler darf aber der Fall nicht verwechselt werden, wenn zwar richtig gerechnet, aber falsche Ansätze gemacht sind, und das Fehlerhafte der Ansätze selbst nicht auch ein Rechnungsfehler ist, in solchem Falle ist das Urtheil blos als ungerecht zu betrachten und zu behandeln [2]).

§. 13.

Gegen nichtige Urtheile bedarf man die Appellation nicht, aber wenn das Urtheil an sich nur eine Appellation zulassen würde, dann darf man sich der Appellation unbedenklich bedienen. Denn stets sagen die Gesetze nur, daß die Appellation nicht nothwendig, nirgends aber daß sie nicht zulässig sey [3]), und es kommen selbst Fälle vor, wo Appellationen der Art, blos deshalb, weil sie zu größeren Weitläufigkeiten führen, beseitigt, und dem Appellanten auf kürzerm Wege geholfen ist [4]).

§. 14.

Wenn die Behandlung der Nichtigkeitsfälle im canonischen Rechte auch leicht überzeugt, daß man dem römischen Rechte sich anschließen wollte, so führten doch die Eigenthümlichkeiten der geistlichen Gerichtsorganisation, die

1) S. mein Handb. I. §. 13. S. 33. f.

2) Fr. 1. §. 1. in f. quae sent. sine appellat. 49, 8.

3) Tit. Dig. quando provocare non est necesse 49, 8 Cod. 7. 64.

4) Const. 6. h. t. 7, 64. Const. 7. eod. „etiam citra interpositae provocationis auxilium.“

Digitized by Google

schärfere Unterordnung der Behörden und die größere Begünstigung der Berufungen überhaupt, mitunter auch wohl eine irrige Auffassung, zu Abweichungen, Erweiterungen und Ergänzungen. Während nämlich im canonischen Rechte allerdings die Nichtigkeit auf dem Wege der exceptio und replicatio, wie im römischen Verfahren zur Entscheidung gebracht wird[1]), zeigt sich doch auch, daß sogar ex officio Urtheile für nichtig erklärt sind, wenn der höhere Richter gelegenheitlich einer Provocation sich von dem Vorhandenseyn einer Nullität überzeugte[2]), so wie endlich auch ein eigenes Rechtsmittel (agere de nullitate[3]) unter dem Namen querela nullitas aufkam. Die Verhandlung über dieses Rechtsmittel, das man unter die Actionen stellte, wurde dem Appellationsverfahren nachgebildet, und jeder der streitenden Theile nicht nur, sondern jeder dem das nichtige Urtheil präjudizirlich war, konnte sich desselben bedienen[4]). Zuständig war, nach Verschiedenheit der Fälle, nicht blos der höhere Richter, sondern auch der, welcher die nichtige Handlung begangen hatte[5]). Nicht das ganze Verfahren wurde immer für nichtig erklärt, sondern nur soviel, als durch die wirkende Ursache ergriffen war[6]). Die querela nullitatis dauerte 30 und beziehungsweise 40 Jahre[7]); die exceptio,

1) Z. B. in Cap. 10. X. de sent. et re iud. 2, 27. Cap. 4. X. de procurat. I, 38. Cap. 7. X. de confirm. utili. 2, 30. Cap. 2. de sent. ex commun. in VI. 5, 11. Clem. un. de sequest. poss. 2, 6. Vantius de nullitatibus. Tit. 6. (Edit. Colon. Agrippin. 1664. p. 87.)

2) Cap. 18. X. de sent. et re iud. 2, 27.

3) Clem. 1. de sent. et re iud. 2, 11. Bardeleben l. c. §. 23. p. 62.

4) Durandi Speculum iuris. L. II. Partic. III. de sententia. §. 8. n. 26. 27. (edit. Francf. 1592. pag. 441.) Vantius de nullitatibus. Tit. 4. (Edit. Colon. Agrippin. 1664. p. 42.)

5) Durand l. c. n. 29. Vantius de nullitatibus. Tit. 2. p. 29.

6) Vantius l. c. Tit. 8—14.

7) Durand l. c. n. 30. Vantius l. c. Tit. 8. n. 8. Tit. 14. n. 27. seq.

Digitized by Google

replicatio nullitatis aber ewig [1]). Die querela nullitatis hob die Execution nicht auf, was aber wohl die Folge der exceptio nullitatis war, wenn sie in continenti bewiesen wurde [2]). Weil häufig behauptet wurde, daß man durch Einwendung der Appellation auf die Nichtigkeitsbeschwerde stillschweigend verzichte, so wurde diese als das hauptsächliche, die Appellation aber als das eventuelle Rechtsmittel betrachtet, und da hieß die Formel: dico sententiam nullam, et si qua est, appello;" später galt die umgekehrte Ansicht, und da hieß es: „appello a tali sententia, reservato mihi iure dicendi de nullitate [3])." Appellation und Nichtigkeitsbeschwerde konnten aber auch miteinander verbunden [4]), und eine Nichtigkeitsbeschwerde konnte zur Rechtfertigung einer Appellation benutzt werden, „tunc nullitas deducitur in iudicio tanquam gravamen pro iustificatione appellationis, et hoc sit expressum in eadem appellatione; iudex appellationis erit iudex competens nullitatis, hoc enim casu nullitas est annexa et inseparabilis ab ipsa appellatione, quinimo appellatio hoc casu fundata est super ipsamet nullitate tanquam iniustitia

---

1) „Ex quo temporalia ad agendum ad excipiendum sunt perpetua." Vantius IV. 53. VIII. 8.

2) Lanfranc de Oriano prax. iud. X. 43. Vantius l. c. Tit. 6. n. 31. seq. Wer drei Urtheile gegen sich hatte, konnte nicht eher mit der Nichtigkeitsklage zugelassen werden, bis diese Urtheile vollständig zur Execution mandirt waren. Clem. 1. de sent. et re iud. 2, 11. Vantius l. c. Tit. 8. n. 5.

3) Durand. l. c. n. 23—26 28. Vantius. l. c. Tit. 6. n. 10.

4) Vantius l. c. n. 8. u. n. 34. seq. „Prout etiam impediretur executio, si nullitas adjungeretur aut cumularetur cum ipsa appellatione, quia tunc nullitas dicitur potentior, *quasi ab ipsa appellatione vires acquirens* . . . . . ex his igitur patet longe utilius esse nullitatem appellationi cumulare, et ita cumulatam proponere, quam simpliciter eandem solum deducere, et ita observant practici quando possunt."

Digitized by Google

et gravamine, quia omne nullum est iniquum [1]).“ Endlich konnte von einer sententia nulla auch blos appellirt werden [2]).

Die Eintheilung der Nichtigkeiten in heilbare und unheilbare, hing durchaus mit der Eintheilung und Classifikation der Nichtigkeiten nach ihrem Einflusse auf den möglichen Rechtsbestand der Sentenz zusammen. Entstand eine Nichtigkeit aus dem Mangel einer solchen Voraussetzung, die zum Rechtsbestande der Sentenz *wesentlich* war, dann war sie unheilbar (insanabilis — irreparabilis nullitas, defectus), widrigenfalls heilbar [3]). Das Criterium dafür aber, ob eine Voraussetzung wesentlich sei oder nicht, wurde darnach bestimmt, ob sie durch das Naturrecht oder durch das positive Recht geboten war. Die Veranlassung zu dieser Betrachtungsweise hatte man allerdings in Clem. 2, de V. S. und Clem. 2. de sent. et re iud. 2, 11. gefunden. Diese Clementine beschäftigt sich allerdings mit Andeutungen über wesentliche und nicht wesentliche Bestandtheile des prozessualischen Verfahrens, und ist die Grundlage der darauf bezüglichen Eintheilungen der ältern Practiker gewesen. Das aus dem ius naturale und positivum abgeleitete Unterscheidungsmerkmal ist in das Gesetz aber wohl nur durch das Streben die Unterscheidungen auf einen Grundsatz zurückzuführen, übergegangen. Da es an dem Material für historische Begründung für jene Unterscheidungen fehlte, so hatte dieser Versuch mehr Gründe für sich, als das Bestreben der spätern Prozessualisten, welche die reichsgesetzlichen Bestimmungen durch allgemeine philosophische Deductionen aufzuklären für nothwendig hielten, während die Reichsgesetze doch, wie eine geschichtliche Nachforschung bald ergiebt,

1) Vantius l. c. Tit. 3. n. 4. 5.

2) Vantius l. c. Tit. 6. n. 115. seq. Tit. 14. n. 129.

3) Vantius IX. 6. XI. 60. 61.

Digitized by Google

nicht aus allgemeinen Theorien sondern aus den Ansichten der frühern Praktiker hervorgegangen waren.

Die berührte Clem. saepe de V. S., worauf die Practiker sich stets berufen, enthält Folgendes:

„Seepe contingit, quod causas committimus, et in earum aliquis simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura iudicii procedi mandamus: de quorum significatione verborum a multis contenditur, et qualiter procedi, dubitatur. Nos autem dubitationem huiusmodi (quantum nobis et possibile) decidere cupientes, hac in perpetuum valitura constituione sancimus, ut iudex, cui taliter causam committimus, necessario libellum non exigat, litis contestationem non postulet, in tempore etiam feriarum ob necessitates hominum indultarum a iure procedere valeat, amputet dilationum materiam, litem quanto poterit faciat previorem, exceptiones, appellationes dilatorias et frustratorias repellendo, partium, advocatorum et procuratorum contentiones et iurgia, testium superfluam multitudinem refraenando. Non sic tamen iudex litem abbreviet, quin probationes necessariae, et defensiones legitimae admittantur. Citationem vero, ac praestationem iuramenti de calumnia vel malitia, sive de veritate dicenda, ne veritas occultetur, per omissionem huiusmodi intelligimus non excludi. Verum quia iuxta petitionis formam pronunciatio sequi debet, pro parte agentis, et etiam rei, si quid petere voluerit, est in ipso litis exordio petitio facienda, sive scriptis, sive verbo: actis tamen continuo (ut super quibus positiones et articuli formari debeant, possit haberi plenior certitudo, et ut fiat definitio clarior) inferenda. Et quia positiones ad faciliorem expeditionem litium, propter partium confessiones, et articulos ad clariorem probationem usus longaevus in causis admisit: Nos usum huiusmodi observari volentes, statuimus: ut iudex sic deputatus a nobis (nisi aliud de partium voluntate procedat) ad dandum simul

Digitized by Google

utrosque terminum dare possit, et ad exhibendum omnia acta et munimenta, quibus partes uti volunt, in causa post dationem articulorum diem certum, quandocunque sibi videbitur, valet assignare: eo salvo, quod ubi remissionem fieri contingeret, pro testibus producendis possint etiam instrumenta produci, assignatione huiusmodi non obstante. Interrogabit etiam partes, sive ad earum instantiam, sive ex officio, ubicunque hoc aequitas suadebit. Sententiam vero definitivam (citatis ad id licet non peremtorie partibus) in scriptis, et (prout magis sibi placuerit) stans vel sedens proferat: etiam (si ei videbitur) conclusione non facta, prout ex petitione et probatione, et aliis actitatis in causa fuerit faciendum. Quae omnia etiam in illis casibus, in quibus per aliam constitutionem nostram, vel alias procedi potest simpliciter et de plane, ac sine strepitu et figura iudicii, volumus observari. Si tamen in praemissis casibus, solennis ordo iudiciarius vel in toto vel in parte non contradicentibus partibus observetur, *non erit processus propter hoc irritus, nec etiam irritandus.*"

In Clem. 2. de. sent. et re iud. ſind es aber hauptſächlich die Worte: „nec praedicta suppletio circa subditum etiam ad ea potuisset de ratione referri, per quae de crimine praesertim sic gravi delato defensionis *(quae a iure provenit naturali)* facultas adimi valuisset: cum illa imperatori tollere non licuerit, quae *iuris naturalis* existunt."

Auf dieſe Beſtimmung wurde nun die Lehre gebaut, daß heilbare Mängel, *defectus sanabiles* ſeyen: defectus iudiciorum formae *a iure civili* (positivo) inductae. Von dieſen lehrte man: „Cum mere iuris positivi sint, neque partium, vel iura causarum merita concernant, sed potius ad quendam iuris rigorem conservandum inducta videantur, in romana curia in vim rescriptorum de facili resarciri, et reparari consueverunt, maxime in causis beneficialibus, seu alias quomodocunque sumariis in quibus iudex procedere

Digitized by Google

potest simpliciter et de plano, sine strepitu et figura iudicii, sola veritate inspecta, rigore quarum clausularum idem *iudex ab omni forma iudiciorum, a iure civili* inducta, relevatur, et duntaxat, a *iure naturali et gentium* inductam observandum astringitur [1]). " Jenen heilbaren Mängeln waren die unheilbaren [2]) entgegengesetzt, als defectus formae iudiciorum *a iure naturali et gentium* inductae; zu diesen zählte Clemens V. petitio, citatio, iuramentum calumniae, probationes necessariae, legitima defensio, sententia scripta, und die Practiker rechneten noch hinzu: iurisdictionis defectus, nullitates ex defectu et inhabilitate principalium litigatorum, und nullitates ex defectu mandati et potestatis comparentium [3]). Wiewohl die Prozessualisten einen ausdrücklichen und stillschweigenden Verzicht auf die Nichtigkeitsbeschwerde als zulässig nachwiesen [4]), so beruhte doch auf der Eintheilung der Nichtigkeiten, jenachdem ein Verzicht darauf zulässig war oder nicht, keineswegs die Eintheilung in heilbare und unheilbare Mängel, sondern vielmehr darauf: daß nach der Clem. saepe de V. S. in gewissen Fällen die Richter durch das Gesetz überhaupt angewiesen waren, und in speziellen Fällen ausdrücklich ermächtigt werden konnten, simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura iudicii zu procediren, und vermöge solcher allgemein gesetzlicher oder spezieller Ermächtigung der Richter ab omni forma iudiciorum a iure civili inducta, absehen und nur formam a iure naturali et gentium inductam zu observiren brauchte. Und für Fälle der Art galt der Grund-

1) Vantius l. c. Tit. 14. n. 125.

2) Die Ausdrücke defectus und nullitas insanabilis sind ebenfalls schon alt. S. Vantius XI. 60. 61. IX. 6.

3) Vantius l. c. und Tit. 2. n. 1—5.

4) Vantius l. c. Tit. X. n. 41. Tit. XIV. n. 16. seq. n. 37. „adeo quod nullus partis adversae tacitus vel expressus possit consensus allegari."

Digitized by Google

ſatz: „nullitates ex defectu iuris positivi insurgentes vel opponi non possunt, vel si opponerentur, de facili resarciuntur, et nedum hoc fieri consuevit in curia in causis beneficialibus, verum etiam in causis profanis, *ante* tamen sententiam, et *priusquam* de nullitate per partem adversam oppositum fuerit . . . Iis etenim et similibus casibus solitum est obtineri *rescriptum*, quod iudex causae quibuscunque nullitatibus rejectis, *dummodo ex defectu iurisdictionis mandati et citationis non sint*, ex *eisdem actis* ad confirmationem vel infirmationem, seu causae expeditionem perinde ac si *defectus* et *nullitates oppositae non obstarent*, procedat [1])." Auch nahm man an, daß der Princeps de plenitudine potestatis einen processum nullum ex defectu *iuris positivi* [2]), ratihabiren könne, quando constat causam ac ipsius merita recte instructam [3]). Allerdings konnten gerade diejenigen Nichtigkeiten, welche als sanabiles characterisirt sind auch durch consensus geheilt werden, was rücksichtlich der insanabiles nicht der Fall war [4]); allein nicht deshalb, weil der Princeps de plenitudine potestatis, oder die Partheien durch consensus die Nichtigkeit wirkungslos machen konnten, war sie sanabilis, sondern weil sie *sanabilis* war, konnte jenes geschehen [5]).

Bei der gelenheitlichen Aufstellung der einzelnen Fälle, in welchen Nichtigkeit eintrat, sind dieselben Gesichtspunkte,

1) Vantius l. c. Tit. XIV. n. 125.

2) Clem. 2. de sent. et re iud. 2, 11. „per quae de crimine praesertim si gravi delato *defensionis, quae a iure provenit naturali*, facultas adhibi valuisset, cum illa Imperatori *tollere non* licuerit, *quae iuris naturalis existunt*" Vantius l. c. XII. 6. XI. 60. 61. Der Princeps that in einem solchen Falle nur später, was er bei Einleitung des Prozesses nach bestehenden Gesetzen anordnen konnte.

3) Vantius l. c Tit. XIV. n. 21.

4) Vantius l. c. X. 41. XIII. 118. S. jedoch Vantius XIV. 17. seq.

5) Entgegengesetzte Ansichten bei de Bareeleben l. c. §. 30.

Digitized by Google

wie im römischen Rechte leitend gewesen, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird.

§. 15.

I. Nichtigkeiten, welche in Verhältnissen des Richters ihren Grund hatten, waren: wenn ein Excommunicirter [1]), ein Infamer [2]), oder ein Ketzer [3]), oder ein unzuständiger Richter [4]), wobei die Prorogationsbefugniß rücksichtlich geistlicher Sachen beschränkt war [5]), oder ein bestochener oder überhaupt nur bezahlter [6]), oder von mehreren Richtern nur einer sprach [7]) oder aus Furcht oder Zwang gehandelt hatte [8]).

§. 16.

II. Nichtigkeiten, die ihren Grund in der Person der Partheien hatten, waren: wenn der Procurator nicht legitimirt [9]), oder wenn gegen andere Personen, als wofür der

---

1) C. 24. q. 1. c. 37. vergl. mit c. 4. eod. Cap. 24. X. de sententia et re iudicata. 2, 27.

2) Cap. 13. X. de rescript. 1, 3.

3) Cap. 13. §. 6. X. de haeret. 5, 7. „Quodsi forte iudex extiterit, eius sententia nullam obtineat firmitatem, nec causae aliquae ad eius audientiam perferantur.“

4) C. 2. q. 1. c. 7. §. 8. 9. C. 3. q. 8. c. 1. §. 1. C. 9. q. 2. c. 1. C. 11. q. 1. c. 49. c. 3. X. de consuetutine 1, 4. c. 4. X. de iud. 2, 1. Clem. 2. de sent. 2, 11. — Vergl. Cap. 1. 5. 6. 21. 34. X. de appellat. 2, 28.

5) Cap. 2. 3. 4. X. de iud. 2, 1. Cap. 18. X. foro compet. 2, 2. — Aus Clem. un. de dolo et contum. 2, 4 folgt nur, daß man auch appelliren durfte, nicht aber, daß man nur appelliren konnte. Abweichend Bardeleben l. c. §. 24. Note 99.

6) C. 2. q. 6. c. 41. §. 9. Cap. 10. X. de vita cleric. 3, 1. C. 1. de sent. in Extrav. com. 5, 10.

7) C. 2. q. 6. c. 41. §. 7. C. 3. q. 6. c. 6. Cap. 16. 21. 42. 43. X. de off. iud. deleg. 1, 29.

8) C. 11. q. 3. c. 89.

9) Cap. 1. X. de procurator 1, 38. „subsistere non debere.“

Digitized by Google

Richter delegirt [1]), gesprochen war. Zu denen, welche keine legitima persona standi in iudicio haben, werden Excommunicirte gezählt, jedoch so, daß sie nur nicht klagend, wohl aber sich vertheidigend, handeln können [2]).

§. 17.

III. Wegen Mangels im prozessualischen Verfahren, oder im Urtheile selbst: wenn keine gehörige Ladung stattgefunden [3]) oder gegen einen nicht in contumacia begriffen gewesenen Abwesenden [4]) oder vor dem bestimmten Termine, oder ohne daß die Ankunft der Partheien abgewartet worden [5]), oder gegen Abwesende, die sich an den Pabst gewendet hatten [6]) gesprochen war; wenn es an der gehörigen Litiscontestation fehlte [7]), wenn das Urtheil weder Condemnation noch Absolution enthielt [8]), oder nicht über das Streitobject erkannte [9]), oder wenn ex falsa causa [10]) oder

1) Cap. 40. X. de off. iud. deleg. 1, 29.

2) Cap. 7. X. de iudiciis 2, 1. Cap. 5. X. de except. 2, 25. Ueber minores und filii familias in Rücksicht auf causae spirituales s. m. Cap. 3. de iud. in VI. 2, 1. Cap. 14. X. de rest. spol. 2, 13.

3) Clem. 2. de sent. 2, 11. Cap. 8. X. de major. et obed. 1, 33.

4) C. 2. q. 1. c. 7. §. 3. C. 3. q. 8. c. 2. 11. 12. Cap. 10. 18. X. de sent. 2, 27. Cap. 10. X. de off. iud. del. 1, 29. Cap. 8. X. de mai. et obed. 1, 33. Cap. 8. X. de dolo et contum. 2, 14. Bardeleben l. c. p. 72.

5) Cap. 44. 50. 57. 69. X 2, 28. Cap. 24. X. 1, 29.

6) Cap. 9. 15. 30. 52. X. 2, 28. Cap. un. X. de cler. peregr. 2, 29. Cap. 3. de poen. extravag. com. 5, 9.

7) Cap. un. X. de L. C. 2, 5. Cap. 2. X. ut lite non contest. 2, 6.

8) C. 2. q. 6. c. 41. §. 2.

9) Cap. 22. X. de rescript. 1, 3. Cap. 32. X. de off. iud. del. 1, 29.

10) Cap. 9. X de prob. 2, 19. Cap. 9 X. de test. 2, 20. Cap. 22. X. de sent. 2, 27. Cap. 2. X. de crim. falsi 5, 20. Cap. 6. X. de exc. 2, 25. „*non solum ante* sententiam, verum etiam *post* obiici potest exceptio falsitatis, cum falsorum instrumentorum praetextu lata sententia usque ad XX. annorum spatium valeat *retractari* veritate comperta.“ Vergl. Gesterding Nachforsch. B. 3. S. 145.

Digitized by Google

ein Urtheil offenbar ungerecht [1]), überhaupt wenn contra formam iuris gesprochen [2]) war. Auch gegen leges canonesve erlassene Urtheile sind nichtig [3]), und es unterscheidet das canonische Recht hierbei zwischen ius litigatoris und ius constitutum, wie das römische [4]) und setzt voraus, daß contra ius constitutionis, sententia *expresse* lata fuerit [5]). Auch sententiae contra privilegia wurden als sententiae contra ius *litigatoris* behandelt [6]). Endlich sind auch Urtheile gegen res prius iudicatas nichtig [7]), jedoch mußte ein Theil auf das frühere Urtheil bei dem Richter Bezug genommen haben [8]). Uebrigens mußte das Urtheil auch schriftlich abgefaßt, im Namen aller Richter, mündlich und sitzend [9]), publizirt werden. Ein gehörig publizirtes und geschriebenes Urtheil konnte aber auch durch Zeugen und andere Beweismittel bewiesen werden [10]).

§. 18.

Die Nichtigkeitsgründe wurden unter Hauptgesichtspunkte zusammengestellt, und man unterschied Nichtigkeiten,

1) Cap. 7. 8. 9. X. de sent. et re iud. 2, 27. C. 11. q. 3. c. 46.

2) Cap. 7. X. de confirm. utili 2, 30.

3) Cap. 1. X. de sent. et re iud. 2, 27.

4) C. 2. q 6. c. 41. §. 5 6. Cap. 13. X. l. c.

5) Cap. 13 X. eod. 2, 27.

6) Cap. 21. X. eod. 2, 27.

7) C 2. q 6. c. 41. §. 4.

8) Cap. 20. X. de sent. et re iud. 2, 27.

9) Cap. 4. 5. de sententia et re iud. in VI. 2, 14. S. auch C. 15. q. 7. c. 6. über die Gegenwart der collegarum.

10) Cap. 16. X. de sent et re iud. 2, 27. „quod cum ex depositionibus testium praedictorum constiterit sententiam a iudice suo prolatam, propter auctoritatem iudiciariam praesumi debet omnia legitime processisse Cap 43 X. de test 2, 20. „quod in scriptis redacta *non* fuit sententia memorata . . . depositiones ipsorum in scripturam redigi facientes“ Hiernach scheint der Nichtigkeit früher wenigstens, durch schriftliche Beurkundung überhaupt, vorgebeugt worden zu seyn.

Digitized by Google

welche aus einem Mangel der Jurisdiction, den Partheien, der Citation und des Prozesses hervorgingen. Unter diese 4 Classen vertheilte man alle in den Gesetzen angedeuteten, so wie alle durch Wissenschaft und Praxis dargebotenen Fälle. 1) Als nullitates ex defectu iurisdictionis, und 2) ex defectu inhabilitatis seu mandati comparentium, also als Nullitäten, welche aus einem Defecte in der Person des Richters und der Partheien entstehen, wurden diejenigen näher entwickelt, welche das römische und canonische Recht darüber zerstreut auch darbietet[1]). 3) Desgleichen wurde die Nullität ex defectu citationis als eine besondere Art genau dargestellt[2]), und sehr bestimmt 4) von den Nullitäten ex defectu processus sive ordinis iudiciarii ac solennitatis, et formae ipsius sententiae getrennt[3]). Rücksichtlich dieser vierten Classe von Nullitäten sah man hauptsächlich auf einen möglichen dreifachen Zustand:

1) wenn überhaupt nicht vorlag, daß ein processus und causae cognitio vorhergegangen, dann war die Sentenz nulla; dasselbe war der Fall

2) wenn zwar der debitus iuris ordo beobachtet, aber doch bei dieser Sache in verkehrter oder umgekehrter Ordnung befolgt war, oder

3) wenn an den substantialibus des ordo und processus etwas fehlte.

Bezüglich der beiden letztern Mängel, wo nämlich debitus iuris ordo zwar beobachtet, aber „ratione eiusdem causae ad semetipsam, vel alias idem ordo praeversus et praeposteratus est, oder ex ipsius ordinis et processus substantialibus aliquid fuerit omissum“ wurde weiter unter-

1) Vantius l. c. Tit. II. 1—5. Tit. IX. X. XI.

2) Vantius l. c. Tit. II. §. 6. Tit. XII., aber doch wieder von Vantius selbst als fundamentum ordinis iudiciarii in Tit. XIII. n. 27. aufgeführt.

3) Vantius l. c. II. 7. 8. XIII.

Digitized by Google

schieden, ob der Defect rücksichtlich des ordo de *substantia*, oder des ordo de *iustitia* eintrat, und dabei wurde als Regel angegeben: si ordo de *substantia* omittitur vel praevertatur, *vitiat*; si ordo de *iustitia* omitteretur aut praeversus fieret, *circa remedium appellationis ipso facto non vitiaret*.

Was nun aber zum ordo *substantialis* und was zum ordo *iudicialis* gehöre, darüber gab es von den Glossatoren an, verschiedene Meinungen. Einige zählten zum ordo substantialis: „ut offeratur libellus, lis contestetur, iuretur de calumnia, depositiones testium conscribantur et publicentur, sententia scribatur, et a iudice proferatur," Andere rechneten dahin nur: „citatio, libelli oblatio, litis contestatio, iuramentum calumniae se veritatis, et sententia." Noch Andere rechneten dahin: „libelli oblatio, cautionis expositis, litis contestatio, iuramentum calumniae, causae congruis interrogationibus examinatio, sententiae in scriptis prolatio, et executio." Endlich Andere sagten: „quod ordo substantialis iudicii est: ut pars citetur, libellus offeratur, lis contestetur, de calumnia iuretur, et quod sententia obsolutoria vel condemnatoria certa congruo loco, et tempore a competenti iudice sedendo in scriptis gratis et rite, id est, non expressim contra iura pronuncietur; et si contra hunc ordinem fieret sententia esset nulla; und der ordo iudicialis de iustitia non substantialis bestand nach dieser: „in his, quae inter iuramentum de calumnia et sententiam aguntur; prout sunt positiones et publicationes testium, et instrumentorum positiones et responsiones testium, interlocutiones, conclusiones, et allegationes: quem ordinem si iudex non servaverit, sententia ipso iure tenet, quasi contra ius litigatorum potius, quam ius commune publicum lata [1])."

---

[1]) Wamesius l. c. XIII. 13—17.

Digitized by Google

Die mehr ausgebildete, und besonders von Vantius entwickelte Darstellung trennte sehr scharf

1) nullitates ex defectu processus sive ordinis iudiciarii ac solennitatis, und

2) nullitates ex defectu formae ipsius sententiae,

und fand an den ältern Classifikationen hauptsächlich auszusetzen, daß sie zu sehr in der Bestimmung der einzelnen Theile des Prozesses, welche als Substanzialien zu betrachten seyn, schwanke, und der ordo iudicii mit der solennitas und forma sententiae verwechsele. Zur Vermeidung dieser Unklarheit lehrte deshalb Vantius Folgendes:

A. Wenn der Sentenz gar kein Prozeß vorhergegangen, sei dieselbe nichtig;

B. Wenn aber zwar ein Prozeß vorhergegangen, aber eine verkehrte Ordnung eingehalten, oder etwas an den Substanzialien versehen sey, dann müsse man unterscheiden:

1) ob der *ordo de substantia* verkehrt angewendet sey, oder an dessen Bestandtheilen etwas fehle; dann sey die Sentenz wieder nichtig. Was Vantius hierher rechnet, stellt er im Tit. II. n. 7. zusammen:

„. . . ad processum recurrendum erit, et videndum nunquid ordo iudicii fuerit legitime servatus, vel aliquid ex substantialibus omissum, aut ordo praeposteratus, puta, circa libellum, i. e. modum agendi intentatum, litis contestationem, iuramentum de calumnia (quando petitur), causae cognitionem, et factam conclusionem (si erit causa prophana) *quae dicuntur* palmites et *substantia ordinis iudicialis*, et *illis*, vel *aliquo* ipsorum *omissis*, vel *praeposteratis, sententia non tenet*. Videbit etiam si fuerint servati reliqui termini, et ordo substantialis, qui ex stylo, ipsius curiae, in qua causa agitabatur, servare consuevit, quod apprime erit observandum, habita semper diligenti consideratione ad qualitatem causae, et iuris communis dispo-

Digitized by Google

sitionem, ac fori illius stylum et observantiam.“ Die Ansicht sucht Vantius später näher zu begründen [1]).

2) Der Umfang dessen, was zum *ordo iustitiae* gehört, bestimmt Vantius Tit. XIII. n. 48. mehr negativ, indem er sagt:

„Alias vero *quae fiunt post litem contestatam, demptis his* de quibus supra diximus ex quo sunt *media causae*, et *accidentalia* reputantur sub *ordine iustitiae* includuntur, et propterea si omittantur, vel praeposterentur, *non vitiatur* processus [2]).“

C. Rücksichtlich der solennitas materia und forma sententiae zählt Vantius

1) zu den nullitates et defectus ex ipsamet sententia ratione *solennitatis* illius resultantes:

„videlicet, nunquid sententia fuerit scripta, et in loco solito iudiciorum, publice et eorum suis officialibus, per ipsumet iudicem, lecta et recitata [3]).“

2) Von den nullitates ex defecta *materiae* vel *formae* ipsius sententiae extrinsecae vel intrinsecae resultantes, sagt er:

„Et si talia legitime fuerint adimpleta (nämlich Beobachtung der solennitates sententiae), videat ipsam sententiam, nunquid peccet in materia, vel formsa extrinseca vel intrinseca, puta, nunquid fuerit expresse lata contra ius alicujus constitutionis, adeo quod ex sui facie iuris error manifeste deprehendatur, vel contra statutum, aut consuetudinem eiusdem curiae, vel aliam sententiam in eadem causa latam, quae in rem transiens iudicatam inter partes fecerat ius, et de qua fuerat exceptem et iudici

1) Vantius l. c. XIII. n. 1—68. p. 430—458.

2) Vergl. Vantius XIII. n. 59. 50. 51.

3) Vantius II. 8. XIII. 69—88. Dieses sind bei Vantius nicht nullitates ratione formae, wie v. Röder a. a. O. S. 61. angibt.

Digitized by Google

facta fides, vel si fuerit lata contra notorium facti, aut iuris, vel ex falsa et erronea causa aut a iure reprobata, vel si evidenter constet de illius iniquitate, aut lata fuerit per falsas probationes contra absentem dolo adversarii inductas, vel per iudicem pretio corruptum, aut per sordes, i. e. gratiam, ambitionem, amicitias, odium, metum, collusionem (istis tamen casibus non irrita sed irritanda foret) sed in aliis casibus esset irrita, sicut etiam irrita esset, si fuisset lata extra deducta et petita per litigatores, adeo quod non fuisset conformis petitioni, vel quod non diffinivisset totum negotium et controversiam in iudicio deductam (videlicet quando res aut iudicium erat indivisibile) aut omisisset reconventionem, licet hoc casu magis sit appellandum, quia sententia non esset ipso iure nulla.

Advertatur etiam, numquid sententia diffinivit negotium, puta, quod non sit absolutoria neque condemnatoria in negotio principaliter deducto, vel quia sit obscura, generalis, non continens certam summam in se neque per relationem ad acta, aut fundata sit super incerto et futuro eventu, puto quod lata sit sub aliquo conditione extrinseca, vel intrinseca de futuro, et non statim adimplebili, aut sub conditione falsa, vel omnino impossibili; quia his et similibus casibus sententia ex defectu solennitatis ac formae ipsiusmet invalida, et insufficiens iudicabitur [1])."

Besonders hervorgehoben wurde noch die nullitas patens et notoria ex actis resultans, oder manifesta auch evidens genannt. Hierunter verstand man Nichtigkeiten, welche aus den Acten klar hervorleuchteten: quod si nullitas resultat ex eisdem actis et processu, ex quo tunc dicitur patens et notoria [2]). Von diesen Nichtigkeiten lehrte man: „Talis etenim ex actis resultans et notoria nullitas non

1) Vantius II. 8. XIII. 89. seq.

2) Vantius I. 22. III. 13. IV. 51. 52. 54. 55. VI. 22. 41.

Digitized by Google

indiget aliqua propositione seu allegatione [1]);“ „et nedum nullitates ex actis resultantes et notoriae a litigatoribus propositae reiici debent, quinimo etiam *ipsis litigatoribus tacentibus, iudex ex officio* suo easdem quandocunque *tollere* et *revocare* debet [2]).“ Auch waren solche Nichtigkeiten unter einem Verzichte nicht als begriffen betrachtet [3]). Der Character einer evidens, notoria oder manifesta, im technischen Sinn, erhielt eine nullitas aber gerade dadurch, daß sie *ex actis* et processu hervorleuchtete [4]). Eine Eigenthümlichkeit bezüglich der prozessualischen Behandlung bestand nun darin, daß eben deshalb [5]), weil jede ex actis et processu resultans nullitas, also notoria, als *incidenter* in iudicio deducta betrachtet wurde [6]), de ea nedum idem iudex primus, quinimo quilibet alius etiam inferior cognoscere poterit; cum *nulla* super ea *sit ferenda sententia*, sed habita prima pro nullo, de *novo* super negotio *cognoscendum* sit [7]). Darum sagte man auch, eine solche Nullität sey irreparabel und könne nicht reformirt werden [8]); denn reformiren und repariren kann man wohl eine unbillige oder ungerechte, nicht aber eine eigentlich nichtige Sentenz.

1) Vantius IV. 52. Diese ex *actis resultans* et notoria nullitas war sehr bestimmt unterschieden von andern notorischen Nullitäten, z. B. solchen die durch instrumenta publica constirten, von welchen gelehrt wurde: „quod licet notorium relevet ab onere probandi, non tamen relevat ab onere proponendi.“ Vantius IV. 53. 54.

2) Vantius IV. 57. VI. 23. IX. 5.

3) Vantius IV. 57. 58.

4) Vantius I. 22. „Quandocunque igitur nullitas allegata apparebit, praesertim er actis et processu, prout plerumque praetenditur, *ex quo* tunc dicitur evidens et notoria etc.“

5) Vantius VI. 26

6) Vantius III. 13. VI. 21.

7) Vantius III. 13. VI. 41.

8) Vantius IV. 55.

Digitized by Google

§. 19.

Rückſichtlich der Art und Weiſe des Vorbringens und der Form der Behandlung der Nullitäten, unterſchied man: ob principaliter oder incidenter die Nullität zur Sprache gebracht war.

Als prinzipaliter betrachtete man die Nichtigkeit angebracht, wenn die Nichtigkeitsbeſchwerde, per modum agendi, als Rechtsmittel, allein, und von jedem andern Rechtsmittel getrennt, angeſtellt war. Hierüber lehrt Vantius: „Principaliter autem dicitur nullitas intentata, quando remedium istud, ac ius dicendi nullum solum, et a quovis alio remedio remotum, per modum agendi in iudicio deduceretur (Vant. VI. 2.). Principaliter dicetur nullitas deducta, etiamsi in iudicio cum alio remedio rescindente proposita fuerit, dummodo aeque principaliter cum altero remedio deducatur (VI. 5.). Idem foret, si nullitas intentaretur simul cum appellatione aut remedio attentatorum, ubi enim nullitas et appellatio tanquam diversa, proposita seu commissa reperiuntur, *utraque principaliter* expressa et deducta *intelligi debet* (VI. 8.). Et propterea quando dicimus, Appello a tali sententia, reservato mihi iure dicendi de nullitate etc., prout quotidie in curia practicatur, appellatio huiusmodi censetur qualificata et conditionalis, videlicet quatenus sententia sit aliqua. Prout etiam idem dicimus, si esset dictum: dico sententiam nullam, et si qua est, appello: qui modus appellandi seu libellandi a communi iure et practica receptus est. Nullitas namque cummulata et taliter proposita, intelligitur condicionaliter et disiunctive, non autem simpliciter et copulative, et aeque principaliter cum altero remedio, cui accumulatur, in iudicio venit et deducitur, non autem incidenter et secundario. (VI. 10. 11.) Da jedoch auch darüber, ob in den hervorgehobenen Fällen die Nichtigkeit als prinzipaliter angebracht zu betrachten ſey, ſchon verſchiedene Meinungen erſtanden waren, ſo wurde

Digitized by Google

gerathen: „quamvis pro opinionibus vitandis actor posset libellum ad suam intentionem declarare, an voluerit nullitatem principaliter vel incidenter deducere.“

Auch wird es als communis consuetudo dargestellt: „Et nedum remedia huiusmodi ad invicem non repugnantia in iudicio cumulantur: quinimo *eodem tempore* ac *simul* et semel *utraque causa*, videlicet nullitatis et iniustitiae *instrui*, et super utraque probationes admitti possunt, et quod *nullitas* potest examinari *una* cum *gravamine* (VI. 14.).“ Eine solche Cumulation wurde aber nur dann für zulässig gehalten: „quando contrarietas et repugnantia non resultat.“ Dieses war aber der Fall: „si diceremus, dico sententiam nullam, quia lata cum falso procuratore et dico eandem iniustam, per ea quae ab ipso falso procuratore probata sunt: quoniam eodem tempore esset approbare, et reprobare gesta ipsius procuratoris, quod stare non potest. (VI. 14.).“ Wenn aber derjenige, welcher die Nichtigkeitsbeschwerde erhoben hatte, verlangte, daß vor allem zuerst über diese entschieden werde, dann mußte der Richter darauf eingehen, widrigenfalls procedirte er nichtig (VI. 15.).

Als incidenter betrachtete man die Nullität dann angebracht, wenn die Bitte darauf gerichtet war, in der Hauptsache ein neues Urtheil zu erlassen, und beziehungsweise das vorliegende zu reformiren; so daß über die Nullität incidenter und secundario gesprochen würde. „Incidenter autem dicitur nullitas in iudicio proposita ac de ea tanquam incidenti et secundario cognoscetur, si petitum fuerit, quod (cassata seu habita prima sententia pro nulla) ex integro super negotio principali pronuncietur, ac sententia praedicta reformetur; tunc etenim principaliter cognoscendum est de causa et principali negotio, et incidenter de nullitate ipsius sententiae (VI. 17.). Darnach betrachtete man die Nullität auch alsdann als incidenter

Digitized by Google

inducta, wenn blos appellirt war, der Richter aber bei Prüfung der Appellationssache auch eine Nullität fand, und nur die Sentenz sowohl rücksichtlich der Nullität als Iniquität reformirte, was zulässig war (VI. 18.); oder wenn die Nullität auf dem Wege der Exceptio oder Replikatio vorgebracht wurde. Insbesondere wurden auch die sog. nullitates manifestae als incidenter vorgebracht, angesehen: „Nullitas etiam quae ex *eisdem actis ac processu resultat*, ac *de se patet*, intelligitur incidenter in iudicio deducta. Talis enim nullitas potest allegari, seu de ea excipi etiam post conclusionem in causa (VI. 22.)."

§. 20.

Rücksichtlich der prozessualischen Bedeutung knüpfte man an den Unterschied, ob die Nullität als prinzipaliter oder incidenter deducirt zu betrachten sei, sehr wichtige Folgen. Denn man betrachtete

1) die Entscheidung, welche auf die prinzipaliter deducirte Nullität zu erlassen war, als eine wahre Definitivsentenz, die auf incidenter deducirte als eine Interlocutoria; darum war in jenem Falle ein förmliches Verfahren unumgänglich nöthwendig [necesse est, quod super cognitione huiusmodi iuris ordo ac tela iudiciaria servetur . . . ideirco secundum regulas iuris ad sententiam huiusmodi iuris ordine omisso deveniri non potest. (VI. 21—24)], während bei incidenter behandelter Nullität nulla tela, vel iuris ordo requiritur, sed de ea tanquam incidenti ac notorio absque iudiciorum solenitate cognoscitur (VI. 26.).

2) Hemmte die incidenter deducirte Nullität die Execution, nicht auch die prinzipaliter (VI. 29. 30.). Wenn aber die Nullitätsbeschwerde mit der Apellation cumulirt war, dann wurde dadurch die Execution gehemmt: quia tunc nullitas dicitur potentior, quasi ab ipsa appellatione vires acquirens. Wenn aber in einem solchen Falle die Ap-

Digitized by Google

pellation desert ging, nicht aber die Nullitätsquerel, dann ward die Execution auch nicht weiter gehemmt. Darum wurde es als das Vortheilhaftere angerathen, die Nullität mit der Appellation zu cumuliren, und bemerkt, daß es die Practiker, wo nur immer thunlich, auch ausführten (VI. 34. 35.).

3) Endlich konnte man, wenn man die Nullität incidenter deducirt hatte, in iudicio ordinario sie nochmals prinzipaliter, per modum agendi deduciren. Wenn daher die Appellation desert geworden, oder darauf renunziirt war, und damit auch die incidenter deducirte Nullität als desert gegangen oder als verzichtet zu betrachten war, so konnnte doch noch die Nichtigkeit prinzipaliter deducirt werden (VI. 36—38. VIII. 8.).

4) Wenn die Nullität incidenter deducirt worden, so war weder ein Libell noch eine Sentenz nothwendig, sondern ohne daß es eines bestimmten Ausspruchs über die Nullität bedurft hätte, erfolgte die Entscheidung in der Hauptsache. „Quinimo si fuisset allegata nullitas primae sententiae, et super ea cognitum: secunda sententia super negotio principali lata valeret, quamvis expresse de nullitate non faceret mentionem; quia videretur tacite pronunciare illam nullam et invalidam (VI. 39—45.).

Wenn dagegen die Nullität principaliter deducirt werden sollte, dann wurde ein Libell, in welchen die causa nullitatis ausgedrückt war, für nothwendig gehalten (VI. 46.); und nur dann, wenn der Gegner deshalb nicht widersprach, durfte die Spezifikation der Beschwerden im Libell fehlen, und später im Prozesse nachgeholt werden (VI. 103.). Aber es war auch gestattet, wie bei der Appellation [1]), daß wenn im Libell die Nullität in genere deducirt war, oder auch

1) Denn dabei galt im Wesentlichen die Theorie, welche über Spezialisirung der Beschwerden vertheidigt ist, in meiner Abh. in der Zeitschrift IX. S. 311. f.

Digitized by Google

in specie, der Oberrichter wegen einer causa nullitatis non specificata die Sentenz annullirten. Wenn man mit einer spezifizirten Nichtigkeitsbeschwerde nicht durchgedrungen war, so konnte man dennoch mit einer andern auftreten, nam succumbens in uno non prohibetur ex alio dissimili capide eandem petere (VI. 104. 105.). Wenn aber weder im Libell, noch im Verlaufe des Prozesses die Nullitätsbeschwerde spezifizirt, sondern generell prosequirt worden, und eine allgemein lautende Sentenz erfolgt war, dann konnte man mit einer neuen Nullitätsquerel nicht nochmals auftreten.

Ausserdem kam es wegen richtiger Conclusion im Libell sehr darauf an, ob der Act, dessen Gültigkeit bestritten werden sollte, ipso iure nullus, oder ope exceptionis und per sententiam annullandus et rescindendus war, wofür sehr genaue Merkmale, Verhaltungsnormen und Vorsichtsregeln bestanden (VI. 46—102.). Bezüglich der Urtheilsabfassung sind mehrere Fälle unterschieden:

A) Bei prinzipaliter deducirter Nullität wurde als Grundsatz aufgestellt, daß die Sentenz dem Libell und Petitum conform abzufassen sey, und davon für verschiedene Fälle die Anwendung gemacht (VI. 107—121.)

Ideo si coram iudice nullitas *seorsum et separatim principaliter deducta fuerit:* pars petat sententiam declarare nullum, idem iudex

a) si sibi de nullitate constiterit, actum de quo quaeritur, fuisse et esse nullam pronunciabit, confirmando verba sententiae cum verbis ipsius libelli, et petitionis litigatorum, etc. (VI. 108.)

b) si vero iudex actorem inepte egisse, seu praetensam nullitatem ac intentionem coram se deductam non probasse repererit, partem conventam ab instantia et observatione iudicii, et ipsum actorem tanquam temere litigantem in expensis absolvere, et condemnare respective debebit, etiam

Digitized by Google

quod reus nil praestet; . . . quoniam id tutius est, quam sententiam confirmationis vel infirmationis proferre, quia huiusmodi sententia confirmatoria vel infirmatoria, si de iure litigatorum non constiterit, dari non potest (VI. 109. 110.).

c) Si autem eidem iudici, qui simpliciter super nullitate aditus fuerit sufficienter de iure, propter quod sententia impugnatur, confirmari possit, liqueret super validitate et confirmatione actus impugnati etiam pronunciare potest, quoniam iudex nullitatis primam sententiam respectu negotii principalis, (prout si fuisset causa ad ipsum per appellationem devoluta) corrigere et reformare potest. Judex namque superior dicitur confirmator et reformator, et propterea non solum super nullitate, verum etiam super iustitia vel iniustitia ipsius sententiae pronunciare potest, eo modo quo iudex primus pronunciare debebat, quoniam talis iudex ad duo tenetur videlicet corrigere perperam factum a primo iudice, illud facere, quod facere debuerat idem iudex primus. Poterit igitur praefatus iudex declarare sententiam nullum, et partem in expensis condemnare, ac in eadem sententia eandem partem, quae in articulo nullitatis obtinuit in negotio principali iuxta tenorem sententiae primae quae fuit declarata nulla, condemnare (VI. 110—113. XIV. 129.)

B) Wenn die Nullität incidenter deducirt war, galten wenn eadem nullitas conditionaliter et disiunctive *una cum ipsa appellatione* deduceretur: prout quando dicimus, dico sententiam nullam, et sic qua est, apello, quoniam verificata nullitate circumducitur appellatio, quae interposita fuit in eventum, quod sententia subsisteret; dieſelben Grundſätze, als die vorhin unter A. aufgeſtellten. Comperto igitur quod fuerit nulla, fingitur non appellatum; et sola remanet nullitas in iudicio, super qua idem iudex duntaxat pronunciare debet eo modo, quo pronunciasset, si nullitas fuisset sola et absque appellatione coram eo deducta. Po-

Digitized by Google

terit ergo iudex pronunciando dicere, supervacuo fuisse appellatum, vel non intelligi appellatum, ex quo sententia erat nulla (VI. 114.)

C. Ein andrer Fall war, wenn blos appellirt worden. Si vero a sententia nulla fuisset *simpliciter appellatum absque expressione iuris dicendi de nullitate,* tunc comperto per secundum iudicem, quod sententia ipsa in effectu nulla sit, qualiter hoc casu iudex appellationis pronunciare debeat, modi sunt varii, ac variae fuerunt antiquiorum opiniones.

a) Etenim gloss. in Const. 1. quando prov. n. c. n. dixit, tunc pronunciari debere appellationem iniustam, *adiecta causa, quia sententia fuerat nulla* . . . . alias si quis *simpliciter* pronunciaret appellationem iniustam, vel absolveret appellatum a libello appellationis, sin in processu fuisset cognitum de iniustitia ac nullitate, super utroque pronunciatum, a sententia ratione utriusque confirmata videretur. (VI. 115. 116.)

Diese Ansicht fand später aus dem allerdings entscheidenden Grunde keine Anhänger, weil, da die Gesetze gestatteten, daß man von einer nichtigen Sentenz appellíren dürfe[1]), man nicht sagen könne, daß eine solche Appellatio *iniusta* sey.

b) Alii dixerunt in casu praedicto pronunciandum esse, supervacuo et frustratorie fuisse appellatum, cum sententia non tenuerit.

---

1) Dafür berief man sich mit Grund auf: Fr. 19. de appellat. 49, 1. Cap. 19. X. de iud. 2, 1. Cap. 32. 38. X. de off. et potest. iud. deleg. 2, 20. wo von Nichtigkeiten und doch von Appellationen dagegen die Rede ist; und darauf, daß die Gesetze selbst nur sagen, daß es nicht nothwendig, keineswegs aber, daß es nicht zulässig sey, gegen nichtige Urtheile zu appelliren; außerdem sagte man: omne nullum est iniquum, operaturque talis appellatio effectum devolutivum.

Digitized by Google

c) Alii dixerunt pronunciandum esse primam sententiam nullam, et propterea ab ea ex superabundanti appellatum, adversarium in expensis condemnando.

d) Die gewöhnliche, in der Praxis recipirte Meinung ging dahin: daß der iudex pronunciando declarare poterit, per iudicem a quo fuisset nulliter et perperam processum, sententiatum et definitum, ab illiusque processu, sententia et definitione propterea *bene appellatum* pronunciatum et reclamatum dictosque processum, sententiam et diffinitonem nullos, et iuvalidos, ac nullius roboris et momenti extitisse et existere, ac vitio nullitatis subiacuisse et subiacere, et quatenus de facto processerunt, cum omnibus inde secutis revocandos, cassandos, amovendos, appellatum in expensis legitime factis condemnando. (VI. 120.)

D) Wenn die Nichtigkeitsbeschwerde nicht bei dem Richter, der die nichtige Sentenz erlassen hatte, sondern bei einem andern angebracht war, dann mußten diesem natürlich die Verhandlungen vorgelegt werden. Dabei galten dann folgende Grundsätze:

a) idem iudex, si nullitas allegata *sententiam duntaxat* concernet, poterit eandem *corrigere*, seu etiam ex *eisdem antiquis* actis *reformare*;

b) si vero nullitas huiusmodi uniformiter sententiam *ac proeessum* respexerit, ut puta, defectum libelli, citationis, mandati, iurisdictionis aut consimilium: tunc ex integro formabitur novus processus et nova acta inchoari et fieri debebunt. (VI. 126—128.)

E) Zwar wird, wie auch aus dem Obigen genügend hervorgeht, immer sehr genau zwischen Mängeln, die es schon nach dem ius naturale und gentium (defectus iurisdictionis, mandati conparentium, citationis) und die es nach dem ius positivum sind, unterschieden; aber die Folgen des Unterschieds in Beziehung auf das officium iudicis bei der Ur-

Digitized by Google

theilsfassung werden nicht eben so consequent gezogen. So lehrt Vantius an einer Stelle:

„. . . . defectus, cum mere iuris positivi sint, neque partium, vel iura causarum merita concernant, sed potius ad quendum iuris rigorem conservandum inducta videantur, im Rom. cur. in vim rescriptorum de facili resarciri et reparari consueverunt, maxime in causis beneficialibus, seu alias quomodocunque summariis in quibus index procedere potest simpliciter et de plano, sine strepitu et figura iudicii, sola veritate inspecta etc., vigore quarum clausularum idem iudex ab omni forma iudiciorum a iure civili inducta, relevatur, et duntaxat ad formam a iure naturali et gentium inductam abservandum adstringitur; ideo satis fuerit quod tunc iudicio intervenerint ea, quae instruunt et decidunt, quamvis ea, quae ordinem et solennitatem iudiciorum respiciunt, omissa fuerint. Nullitates itaque ex defectu iuris positivi insurgentes, in similibus causis vel opponi non possunt, vel si opponerentur de facili resarciuntur, et nedum hoc fieri consuevit in causis praedictis, verum etiam in causis profanis, ante tamen sententiam, et priusquam de nullitate per partem adversam oppositum fuerit etc. His etenim et similibus casibus solitum est, obtineri rescriptum, quod iudex causae quibuscunque nullitatibus reiectis, dummodo ex defectu *iurisdictionis*, *mandati* et *citationis non* sint; ex eisdem actis ad confirmationem vel infirmationem, seu causae expeditionem perinde ac si defectus et nullitates oppositae non obstarent, procedat (XIV. 125.).“

Am Schlusse seines Werkes bemerkt er dagegen:

„Erit etiam consilium, quod causa, quoad sui merita, quantum fieri possit, instruatur: ut iudici nullitatis seu appell. de bono iuris partis in negotio principali constet. Nam praesupposito, quod sententia prima foret nulla, puta absque citatione, vel in die feriato, seu extra instantiam, vel ex aliquo alio defectu sententiam ipsam concernente

Digitized by Google

lata; si tamen constaret eandem quoad causae merita in se iustitiam continere a iudice appellationis seu nullitatis in parte, vel in toto quoad merita et negotium principale confirmari vel reformari posset." (XIV. 129.).

§. 21.

Die Grundsätze der italienischen Praxis wichen ganz vorzüglich darin von denen des römischen Rechts ab, daß Nichtigkeiten in ihrer Wirkung auf die Aufhebung des dadurch ergriffenen Urtheils nicht überall nothwendig zu einer völligen Unwirksamkeit der Sentenz, auch nicht zu einem neuen Verfahren führten, sondern das an sich nichtige Urtheil unter mancherlei Vorwänden doch aufrecht erhalten, unter Umständen ganz oder theilweise reformirt oder confirmirt, oder vom höhern Richter als neues Urtheil ausgesprochen wurde.

Während man nämlich allgemein den Grundsatz aufstellte, daß „acta substantialia iudicii a partium voluntate non pendeant, sed a lege, illaque propterea de dictarum partium consensu omitti, vel si nulla fuerint, ratificari non possint, per regulam: quod actus nullus ex facto a potestate mea non dependente, a me ratificari, nec nullitas suppleri possit;" so beschränkte man denselben doch wieder bis zur gänzlichen Aufhebung, weil man daneben lehrte: „Possunt nihilominus partes per pactum seu stipulationem se obligare non excipere de nullitate, ac de parendo huiusmodi actibus et sententiis, quae etsi forent *nullae*, nihilominus inter partes in vim pacti et stipulationis exequentur, quia licet non valerent sententiae, valeret tamen pactum et conventio huiusmodi. . . . . quantumcunque igitur his casibus sententia foret nulla deberet exequi, si non tanquam sententia, saltem vigore pacti [1])."

1) Vantius XIV. 16—19.

Noch entschiedener ist das Streben sichtbar, möglichst eingreifende Regeln aufzustellen, wie die aus Mangel an Jurisdiction, an den Partheien, der Citation, kurz wie Nichtigkeiten aller Art unschädlich gemacht und reparirt werden können; namentlich wird Anleitung gegeben, wie darauf zu achten: „numquid ex processu de aliqua ipsius domini principalis expressa vel tacita ratihabitione constiterit; quoniam ratihabitio de sui natura regulariter retrotrahitur, et mandato comparatur, et confirmat ea, quae ab initio invalide subsecuta fuerant [1])." Auch wurde gelehrt, daß es von besonderm Nutzen sei: „si ex aliqua parte actorum confessio ipsius adversarii super eo quod agitur, principaliter emanata deprehenderetur, quoniam processus et sententia licet ob ordinem iuris non servatum, aut lapsam instantiam vel alias per viam nullitatis impugnari possent, in vim tamen confessionis huiusmodi iudicialis sustinebuntur, ex quo confessio ad sui validitatem telam iudiciariam regulariter non requirit [2]), et quia ex tali confessione iudiciali inducitur notorium, in notoriis autem ordo iuris, et iudiciorum solennitas non requiritur [3]).

§. 22.

Wirft man nun nochmals einen prüfenden Blick auf die Behandlung unserer Lehre durch die Practiker bis zur Zeit, wo die Reichsgesetze sich mit dem Gegenstande beschäftigten, so stellt sich auch das, für das Verständniß der spätern Reichsgesetzgebung insbesondere sehr wichtige Resultat heraus:

1) daß man die Nichtigkeiten *classifizirte*, jenachdem sie *entweder* in Mängeln des Gerichts, der Partheien und den Formen des prozessualischen Verfahrens bis zum Ur-

1) Vantius XIV. 101—125.

2) Arg. Cap. 18. X. de accusat. 5, 1.

3) Vantius XIV. 126.

theile, oder in Mängeln des formellen oder materiellen Bestandes des Urtheils selbst, ihren Grund hatten; und

2) daß man den schon früh aufgestellten Grundsatz: „daß nicht in Folge einer Nichtigkeit sogleich der ganze Prozeß für nichtig erklärt, sondern nur so viel als nichtig beseitigt werden solle, als durch die wirkende Ursache wirklich ergriffen war," später immer specieller für die Anwendung entwickelte, und mit Hülfe der eben hervorgehobenen Classifikation, darnach das Wesen der heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten bestimmt wurde.

Man ging nämlich in der Wissenschaft wie in der Anwendung stets davon aus, daß, wenn das ganze Verfahren nichtig war, auch die Sentenz als nichtig angesehen werden und keiner Heilung fähig sein sollte, also das ganze Verfahren für nichtig erklärt werden mußte, und die Möglichkeit, in der Sache selbst Recht zu sprechen durch einen neuen Prozeß bedingt war; daß aber, wenn nur einzelne Theile des Verfahrens fehlerhaft oder nichtig, die Mängel aber zu repariren, ratifiziren oder saniren möglich war, alsdann weder der ganze Prozeß noch das Urtheil nothwendig gänzlich cassirt zu werden brauche, sondern blos einzelne Theile des Prozesses oder des Urtheils, oder auch das letztere gänzlich, daß aber alsdann der cassirende Richter selbst ein neues Urtheil auf die vorhandenen Acten geben, oder das vorhandene theilweise reformiren und confirmiren könne; und ferner, daß wenn die Sentenz allein wegen äusserer oder innerer Fehler ganz oder theilweise nichtig war, nur sie so weit nöthig als nichtig beseitigt, an ihre Stelle aber eine neue, beziehungsweise verbesserte Sentenz auf die vorhandenen vordern Prozesse gesetzt wurde.

Nichtigkeitserklärung eines Urtheils war also nicht dasselbe, was die Nichtigkeitserklärung des Prozesses war. Jene war weniger als diese. Denn wenn blos das Urtheil für nichtig erklärt wurde, so konnte auf die vordere Pro-

Digitized by Google

zesse, auf die verhandelten Acten, also ohne daß erst wieder ein neues Verfahren stattfinden mußte, ein neues Urtheil erlassen werden; wenn dagegen der Prozeß selbst als nichtig cassirt werden mußte, dann fiel damit nothwendig das Urtheil, als das Produkt des Prozesses, und aus dem zernichteten Prozesse kann kein neues Urtheil hervorgehen. Um das Rechtsverhältniß selbst in der Sache durch einen Richterspruch zu regeln, bedarf es also nach einem solchen Vorgange eines neuen Prozesses. Diese Maxime, welche vorzeichnet, wie das der Behandlung der Lehre von den Nichtigkeiten zum Grunde liegende Princip in der Anwendung benutzt werden sollte, ist in den Reichsgesetzen v. d. J. 1521. 1523. und 1555. mit meisterhafter Kürze und Präcision in der Anordnung ausgedrückt: „wenn der Richter die deducirte Nichtigkeit nicht dergestalt erfünde, daß dadurch der Parthei in der Hauptsache ein unwidrrbringlich Unrecht geschehe, dann sollten dieselbigen vordere Prozesse, anderer Unförmlichkeiten halber, als nichtig, nicht verworfen, sondern darauf (d. h. auf jene Prozesse) in der Hauptsache erkannt werden, was recht ist.“ Wir deuten diese Beziehung, worauf wir später noch zurückkommen werden, hier nur vorläufig an.

Rücksichtlich der Maxime selbst scheint es uns, daß sie doch vor der römischen den Vorzug verdient, und selbst in Rücksicht auf die Instanzenverhältnisse der deutschen Gerichte, ebenso folgerichtig für den deutschen Prozeß ist, als die ältere römische für den römischen. Denn mit den Rücksichten prozessualischer Oeconomie, möglichster Sparsamkeit in Vernichtung von Prozeßhandlungen, die nach den allgemeinen Anforderungen, trotz einiger Mängel, doch als zweckdienlich sich darstellen, mit dem Streben, dem materiellen Rechte möglichst schnell zum Siege zu verhelfen, und überall vorgefallene Mängel nicht zur chikanöser Verschleifung oder völliger Beseitigung ganzer prozessualischer Verhandlungen miß-

Digitized by Google

brauchen zu lassen, verträgt sich das deutsche System am Ende weit besser, als das ältere römische.

Faßt man die prozessualische Bedeutung und Behandlung der Nichtigkeiten in diesen angedeuteten verschiedenen Richtungen klar auf, so ergiebt sich auch, daß alle Nichtigkeiten darnach entweder heilbare oder unheilbare sind. Heilbar ist eine Nichtigkeit alsdann, wenn sie nicht eine Nichtigkeitserklärung des ganzen prozessualischen Verfahrens (der vordern Prozesse) im Gefolge hat, und eben deshalb nicht die Entscheidung der Hauptsache von einem neuen Prozesse abhängig macht, vielmehr der Nichtigkeit ungeachtet, auf die vorhandenen Akten in der Hauptsache das Rechtliche erkannt werden kann, sey es nur, daß das vorhandene Urtheil ganz oder theilweise für nichtig erklärt, und ein ganz oder theilweise neues Urtheil gesprochen, oder auch der Inhalt des für nichtig erklärten Urtheils im neuen Urtheile selbst nur wiederholt wird, weil eben der Inhalt des nichtigen Urtheils, doch dem Rechte in der Sache ganz entsprechend war; oder sey es, daß das Urtheil confirmirt oder reformirt wird. Unheilbar dagegen ist eine Nichtigkeit, welche die Nichtigkeitserklärung der vordern Prozesse nothwendig zur Folge hat, deshalb folgeweise auch nothwendig zur Vernichtung des Urtheils, aber eben so nothwendig zur Unmöglichkeit führt, daß ohne ein neues prozessualisches Verfahren, ein Urtheil in der Hauptsache erlassen werden konnte.

Hieraus ergiebt sich nun zwar, worin die Eigenschaft der Heilbarkeit oder Unheilbarkeit einer Nichtigkeit besteht, aber es ergiebt sich daraus noch nicht, welche Nichtigkeiten die eine oder die andere Eigenschaft haben. Die Zutheilung der Nichtigkeiten zu der einen oder andern Cathegorie hängt nämlich davon ab, ob der Mangel, welcher in einer bestimmten Nichtigkeit zum Grunde liegt, von der Bedeutung ist, daß bei seinem Vorhandenseyn, der Prozeß nicht mehr

Digitized by Google

als brauchbare Grundlage zu einer Entscheidung in der Hauptsache taugt. Wenn ein solcher Mangel noch gehoben werden kann, dadurch etwa, daß er auf irgend zulässige Weise reparirt oder ratifizirt wird, so ist er nur dann unheilbar, wenn diese Hebung des Mangels nicht erfolgt, und darum sind die heilbaren Nichtigkeiten entweder solche, die es immer und unter allen Umständen sind, oder solche die es sein aber auch nicht sein können, jenachdem eine mögliche Hebung des Mangels erfolgt oder nicht. Welche Mängel eine solche Bedeutung haben, hängt von dem Geiste und den Anordnungen des Prozeßrechts, nämlich davon ab, was hiernach als absolut wesentlich zum rechtsgültigen Bestande einer prozessualischen Verhandlung, welche die Vorbedingung eines Urtheils sein soll, vorausgesetzt wird, und wie hiernach vorhandene Mängel noch verbessert werden können. Und zwar kann hier nur positives Prozeßrecht entscheiden, da es kein natürliches oder Vernunftprozeßrecht gibt. Wenn das canonische Recht und die ältern Praktiker und selbst noch die Verfasser der Reichsgesetze zwischen nullitates contra ius naturale und civile unterscheiden, so wollen sie in der That damit nur ausdrücken, daß gewisse Mängel nach dem Geiste des Prozeßrechts nothwendig unheilbare Nichtigkeit zur Folge haben müssen, andere aber so einflußreich nicht sein.

(Fortsetzung folgt.)

Digitized by Google

II.

Ueber die Verzinslichkeit illiquider Schulden.

Von dem

Herrn Obergerichtsanwalt Rath Emmerich zu Hanau.

Um die Frage untersuchen zu können, ob der Richter auch von illiquiden Forderungen Verzugszinsen zuerkennen dürfe und müsse, ist es vor allen Dingen nöthig, den Begriff der illiquiden Forderung festzusetzen. Wir nehmen das Wort hier in einem der Etymologie nach vielleicht zu ausgedehnten, mehr formellen prozessualischen, als materiellen Sinne, und verstehen unter illiquiden Forderungen alle diejenigen, deren ursprünglichen Grund oder jetziges Bestehen überhaupt, oder deren von dem Kläger angegebene Größe, oder deren Existenz in der Person des Klägers, oder endlich deren Schuldigkeit in seiner eigenen Person, der Beklagte, und zwar in den beiden letzteren Beziehungen ganz oder theilweise, bestritten oder bezweifelt hat, ohne deshalb dem Richter, in soweit der Grund dieser Beanstandung reicht, als ein muthwilliger oder leichtfertiger Leugner oder Prozeßführer zu erscheinen. Wird einer Forderung, sei es nun aus welchem Grunde es wolle, durch Einwendungen, welche die Entstehung der eingeklagten Forderung in dem vom Kläger angegebenen Betrage verhinderten, oder durch solche, die sich auf deren theilweise Tilgung gründen, oder endlich

Digitized by Google

durch Gründe, welche dem aktiven oder passiven Uebergang auf die jetzigen Streittheile nur theilweise im Wege standen, von dem Beklagten nur theilweise widersprochen, so versteht es sich von selbst, daß von Illiquidität in dem angegebenen Sinne nur in Beziehung auf den bestrittenen Theil die Rede sein kann, der andere aber verzinset werden muß, wenn und in soweit sonst ein rechtlicher Grund dazu vorhanden ist.

Eben so ausgemacht ist es, daß, wenn im Verlaufe der Verhandlungen genügende Gründe beigebracht werden, welche die Einwendungen und Anstände des Beklagten ganz oder theilweise widerlegen und beseitigen, von dieser Zeit an die ganze Forderung oder der betreffende Theil derselben als liquid angesehen und, wenn sonst Grund dazu vorhanden, verzinset werden muß. Alles dieses folgt aus dem Begriffe der illiquiden Forderung, wie er vorstehend aufgestellt worden, weil bezüglich des nicht bestrittenen Theils oder von der Zeit an, wo die Forderung ganz oder theilweise nach den vorliegenden Verhandlungen als nicht länger bestreitbar, d. h. in gutem Glauben bestreitbar, sich darstellt, dem Schuldner ein wahrer civilrechtlich strafbarer Verzug zur Last fällt.

Um nun die Behauptung zu rechtfertigen, daß in allen Fällen, wo eine Illiquidität des Anspruchs in dem obigen Sinne vorliegt, in soweit und solange dies der Fall ist, selbst die Anstellung der Klage den Schuldner nicht in einen, zur Zinsenzahlung verpflichtenden, Verzug versetze, wird es am zweckmäßigsten sein, vorerst einige allgemeine Regeln aus der Lehre vom Verzuge voranzustellen, alsdann aber einzelne Anwendungsfälle folgen zu lassen, aus welchen die aufgestellten Regeln gerechtfertigt und erläutert werden.

Usurae non propter lucrum petentium, sed propter moram solventium infliguntur [1]).

1) l. 17. §. 3. D. de usur. (22, 1.)

Digitized by Google

Diese zur Rechtfertigung einer vorhergehenden Entscheidung als Motive angeführte allgemeine Regel, welche ebendeshalb auch für andere, als den speciell entschiedenen Fall, als Gesetz gilt [1]), beweiset im Allgemeinen, daß die Verzugszinsen nicht sowohl in einer Rücksicht für den Gläubiger, als vielmehr in einer Rücksicht gegen den Schuldner, ihren Grund haben, daß sie nicht zum Vortheile des Ersteren, sondern zum Nachtheile oder zur Strafe des Letzteren eingeführt sind. Sie können also nicht anders zuerkannt werden, als wenn den Schuldner ein gerechter Vorwurf trifft, daß er nicht schon früher seiner Verbindlichkeit Genüge geleistet hat, und der Umstand, daß der Gläubiger, wäre er früher befriedigt worden, Nutzen hätte ziehen können, ja erweislich gezogen haben würde, ist mithin, an und für sich allein betrachtet, kein Grund, jenen zur Zinsenzahlung anzuhalten. Ob und von welchem Zeitpunkte an aber dem Schuldner ein solcher Vorwurf gemacht werden könne, dies hängt immer von den thatsächlichen Umständen des einzelnen Falles ab. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque juris auctorum quaestione decidi posse; cum sit magis facti, quam juris [2]).

Bei einer andern Gelegenheit wird, und zwar in Beziehung auf perpetuatio obligationis durch Verzug, bei der Frage, ob die einmal begründete mora wieder wegfallen könne, — an extinguatur superior mora? — die Bemerkung gemacht: esse hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose, inquit, erratur [3]).

Ebenso wird noch in einer dritten Stelle gesagt: Usuras

---

1) Thibaut's Theorie der log. Ausl. §. 16

2) l. 32. D. de usur. (22, 1.)

3) l. 91. §. 3. D. de V. O. (45, 1.)

Digitized by Google

quoque ejus pecuniae, quam pupillarem agitavit, praestare debet heres tutoris: *quantas* autem et *cujus temporis* usuras praestare debeat, *ex bono* et *aequo* constitui a judice oportet [1]).

Aus allen diesen Stellen ergiebt sich mit ziemlicher Gewißheit, daß weder für den Anfang, noch für das Ende eines einmal begründeten Verzugs sich ganz durchgreifende Regeln aufstellen lassen, und daß in jedem einzelnen Falle Alles von einer richtigen Beurtheilung der besonderen faktischen Verhältnisse, und zwar ex bono et aequo, abhängt, so daß es also haarscharf nach strengen Rechtsregeln nicht genommen werden soll, sondern auch die in den besonderen Verhältnissen begründeten Billigkeitsrücksichten nicht ausser Acht bleiben dürfen.

Dieser Grundsatz verliert auch dadurch seine Anwendung nicht, daß eine Forderung gerichtlich geltend gemacht wird, denn auch in diesem Falle bleibt es stets die Frage: ob der Beklagte wirklich in einer wahren und ihm vorzuwerfenden mora versire, und gerade diese Frage ist es regelmäßig, welche durch die prozessualischen Verhandlungen mit ausgemittelt werden soll. In der That müßte man es auch eine sonderbare und ungerechte Gesetzgebung nennen, welche befehlen wollte, daß der, welcher gute Gründe hatte, auf aussergerichtliche Aufforderung die Zahlung ganz oder in dem geforderten Betrage dem Anfordernden zu verweigern, welcher also nicht in mora war, sofort durch die gerichtliche Interpellation in mora versetzt werde, während sich gerade erst durch die Verhandlung und Entscheidung der Sache herausstellen kann, ob überhaupt oder bezüglich welchen Theils der Forderung und seit wann rückwärts eine mora bei dem Beklagten angenommen werden dürfe, und ob nicht derselbe genügende Gründe hatte, die Zahlung ganz

1) l. 4. §. 2. D. de fidejussor. et nominator. (27, 7.)

oder theilweise vor der Hand noch zu verweigern. Die Bestätigung hierfur findet sich nicht nur in der Natur der Sache und positiv begründeten allgemeinen Regel, daß durch die Anbringung einer Klage das innere Rechtsverhältniß der Betheiligten nicht geändert wird, vielmehr die Betretung des Rechtsweges nur bezweckt, ein Anerkenntniß dieses Rechtsverhältnisses, wie es vor der Klage bestanden hat, zu erlangen, oder mit andern Worten, daß durch Klagen keine neuen Rechte erworben, sondern nur bestehende geltend gemacht werden — [1]), sondern es finden sich in unsern Rechtsquellen namentlich auch mehrere speciell auf mora sich beziehende und hierher gehörige Stellen. Si quis *solutioni* quidem moram facit, *judicium autem accipere paratus fuit*, *non videtur* fecisse moram, utique si *juste* ad judicium provocavit [2]).

Paratum judicium accipere, si ab adversario cessatum est, moram facere *non videri* [3]).

Qui *sine dolo malo* ad judicium provocat, *non videtur* moram facere [4]).

Daß nicht etwa von einer besonderen gerichtlichen Provokation mit besonderen Voraussetzungen und Wirkungen in diesen Stellen die Rede ist, ergiebt sich aus der ersteren, welche das judicium accipere paratus fuit mit ad judicum provocavit gleichbedeutend nimmt, so wie daraus, daß gerichtliche Provokationen zum Klagen dem römischen Rechte unbekannt waren. Zu bemerken ist ausserdem bei diesen drei Stellen, daß der angebliche Schuldner schon dann juste seinen Gegner auf gerichtlichen Austrag der Sache verweiset, wenn er nur nicht dabei in dolo ist, denn das juste in der

1) l 8. §. 4. D. si serv. vind. (8, 5.)
2) l. 24. pr. D. de usur. (22, 1.)
3) l. 47. D. eod.
4) l. 63. D. de R. J.

Digitized by Google

l. 24. pr. cit. wird ganz gleichbedeutend gebraucht mit dem: sine dolo malo in l. 63. cit.

Die Geſetze gehen aber noch weiter, und ſagen von dem, der ohne vorgängige Aufforderung dazu aus freien Stücken von dem Kläger belangt worden, er brauche nicht aus Furcht vor Gefahr temere indefensum jus suum relinquere, d. h. die Anſprüche des Gegners leichtfertigerweiſe und ohne genügſame Gründe und Beweiſe anzuerkennen; denn gerade von dieſem Falle, nicht vom Daſein eines wirklichen Rechts, wie man vielleicht aus den Worten *jus suum* ſchließen könnte, iſt die Rede [1]). Auch wird anderwärts wohl zugegeben, daß der zuletzt Unterliegende gleichwohl eine ratio litigandi gehabt haben könne, und in dieſem Falle keine Zinſen zu bezahlen ſeien [2]).

Daher erfordert auch eine andere Stelle zur Begründung der mora: ut aliqua *justa causa* sit, *propter quam intelligere deberes*, te dare oportere [3]), und erkennt dadurch an, daß das bloße Verlangen des vermeintlich Berechtigten noch nicht genüge, den angeblichen Schuldner in Verzug zu verſetzen, vielmehr hierzu, ſelbſt im Falle der Klage, gerechte Gründe, welche für das Daſein der wirklichen Ueberzeugung oder imputabeln ſchuldvollen Unkenntniß der eignen Verbindlichkeit ſprechen, erfordert würden — was zugleich mit l. 24. pr. und l. 63. cit. übereinſtimmt, und beweiſet, daß die poſitiv erforderte justa causa, propter quam intelligere deberes, mit den dort gebrauchten Ausdrücken gleichbedeutend iſt. — Von dieſer justa causa, wobei beſonders zu bemerken iſt, daß darunter, nach der Wortfaſſung, nicht blos ein Entſchuldigungsgrund für das Nichtkennen des gegneriſchen Anſpruchs, ſondern vielmehr ein poſitiver

1) l. 40. pr. D. de H. P. (5, 3.)
2) arg. l. 78. §. 2. D. de legat. II. (31.)
3) l. 5. D. de reb. cred. (12, 1.)

Digitized by Google

Grund, weshalb der Beklagte wiſſen mußte, daß und wie viel er ſchulde, zu verſtehen iſt, von dieſer justa causa werden nachher noch Beiſpiele vorkommen, hier aber iſt zu wiederholen, daß alles Geſagte ſich blos auf den Fall bezieht, wenn der Beklagte nach den beſonderen Umſtänden des einzelnen Falles nicht ſonſt wußte oder wiſſen mußte, daß und wie viel er dem Kläger ſchulde, wenn alſo blos die Behauptung des Klägers vorliegt. Nur wird freilich immer eine wirkliche, nicht blos vorgegebene Unkenntniß der Schuld, beziehungsweiſe ein wirkliches Glauben an die Nichtſchuld, oder Bezweifeln des geforderten Betrags oder Legitimation des Fordernden vorausgeſetzt [1]).

Nicht im Widerſpruche, vielmehr in Uebereinſtimmung hiermit, ſtehen auch zwei andere Stellen [2]), da die Worte: moram passo und si moram fecerit, mit Rückſicht auf die vorerwähnten Stellen verſtanden werden müſſen, alſo darauf hindeuten, daß dem Beklagten wirklich etwas zur Laſt falle. Ebenſo eine dritte Stelle [3]), und wenn gleich hier eine mora ſchon dann angenommen wird, cum per heredem staret, quo minus prastaretur, ſo beweiſet dies nicht für das Gegentheil, da die gleichbedeutenden Ausdrücke: per te stetit, per te factum est, ſogar regelmäſſig und gewöhnlich andeuten, daß der betreffenden Perſon ein ſchuldvoller Verzug zur Laſt fällt [4]), ſo daß alſo vielmehr eine Beſtätigung hierin zu finden iſt. — Und dies ergiebt auch die l. 5. D. de reb. cred. (12, 1.) klar, da nach ihr der Ausdruck: per te factum est, quo minus id dares, wörtlich mit den Fall

1) l. 99. D. de R. J. l. 13. pr. D. depos. (16, 3.)

2) l. 15. §. 3. l. 17. §. 1. D. de R. V. (6, 1.)

3) l. 36. §. 2. D. de usufr. (7, 1.)

4) l. 28. §. 1. D. de adm. tut. (26, 7.) l. 20. D. de cond. furt. (13, 1.) l. 21. §. 3. l. 51. §. 1. D. de a. e. v. (19, 1.) l. 12. §. 4. D. ad exhib. (10, 4.) l. 5. D. de reb. cred. (12, 1.)

Digitized by Google

umfaßt, si aliqua justa causa sit propter quam intelligere deberes, te dare oportere [1]).

Uebrigens kann es sowohl nach allgemeinen Grundsätzen, als nach besonderer Vorschrift [2]), als ausgemacht angenommen werden, daß, wenn es sich blos um die Größe der Schuld handelt, der Beklagte wenigstens von demjenigen Theile Zinsen entrichten muß, den zu bezweifeln oder zu bestreiten er keinen genügenden Grund hatte. Richtig bemerkt in dieser Beziehung die oben gedachte l. 78. §. 2. D. de legat. II. (31.): Qui solidum fideicommissum frustra petebat, herede Falcidiam objiciente, si *partem* interim sibi solvi desideraverit, neque acceperit, *in eam* moram passus intelligitur. Von selbst versteht es sich aber, daß diese pars nicht allein nach dem Ermessen des Fordernden sich bestimmen kann, wenn es gleich heißt: si partem interim sibi solvi desideraverit, denn durch diese Worte ist nicht ausgedrückt, welcher Theil, sondern nur, daß ein Theil, ausgezahlt werden müsse, die Größe desselben aber unbestimmt gelassen, und es darf daher diese nur nach dem, was nicht bestreitbar ist, bestimmt werden.

Selbst der bereits begonnene Zinsenlauf kann inhibirt werden, wenn mit der provocatio ad iudicium von Seiten des angeblich Schuldigen an den vermeintlichen Gläubiger und mit der hierauf erfolgten Zögerung von Seiten des Letzteren, der Verzug in der Person des Ersteren wegfällt.

Pupillus agere vobiscum actione tutelae compelli non potest. Verum adversus futuram calumniam ut et si quid ei debetis, *cursus inhibeatur usurarum*, denuntiationibus frequenter interpositis, ad judicium eum provocate; ac si

1) Sed cum quaeratur, an per te factum sit, animadverti debebit, non solum in potestate tua fuerit id, nec ne, aut dolo malo feceris, quo minus esset vel fuerit, nec ne, sed etiam si aliqua justa causa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere.

2) l. 78. §. 2. D. de legat. II. (31.)

Digitized by Google

rem dissimulatione proferat, actis apud Praesidem provinciae factis, voluntatis vestrae rationem declarate: quo facto, tam vobis ipsis, quam securitati filiorum vestrorum consuletis. Quod et in curatoribus locum habet [1]).

Daß dieſe Stelle von der Inhibition bereits laufender Zinſen ſpricht, ergiebt theils die wörtliche Bedeutung des Ausdrucks: *inhiberi*, theils der Umſtand, daß hier wirklich eine Schuld vorhanden — indem dieſer Fall in den Worten: et si quid ei debetis, als gewiß unterſtellt wird — und daß der Vormund regelmäßig Zinſen zahlt.

Aus dieſer Stelle ergiebt ſich zugleich nebenbei, und es mag dies daher nebenbei auch hier bemerkt werden, daß, wenn auch, wie ſelbſt durch den Eingang dieſer Stelle beſtätigt wird, unſere heutige provocatio ad agendum mit der Wirkung des Verluſtes der Klage im Nichtbefolgungsfalle, dem römiſchen Rechte nicht bekannt war, daſſelbe gleichwohl im Falle der Illiquidität einer Schuld, dem angeblichen Schuldner geſtattete, vorläufig zu demnächſtigem Gebrauche, bei dem Praeses Provinciae, die Aufnahme eines förmlichen Actes darüber zu verlangen, daß er zur gerichtlichen Verhandlung der Sache bereit geweſen ſei, und ſeinen vermeintlichen Gläubiger ſogar dazu aufgefordert habe, und daß in dieſem Falle keine weiteren Zinſen laufen. Durch dieſe Entſcheidung der Kaiſer Diocletian und Maximian iſt die Controverſe des älteren römiſchen Rechts beſeitigt, ob auch der Vormund, um ſich von der Zinſenzahlung zu befreien, ſeine Schuld deponiren müſſe, wie Papinian und Ulpian behaupten [2]), oder ob ſchon eine bloſe Oblation dieſe Wirkung hervorbringe, wie Marcellus will [3]). In-

1) l. 4. C. de usur. pupillor. (5, 56.)

2) l. 1. §. 3. D. de usur. (22, 1.) l. 28. §. 1. i. f. D. de adm. tut. (26, 7.)

3) l. 28. §. 1. l. 29. D. eod.

dessen dürfte sich die l. 4. C. cit., wenn sie wirklich, wie angenommen, auf die Sistirung bereits laufender Zinsen zu beziehen, auf andere, namentlich auf Fälle, wo die Schuld an sich liquid ist und es einer Berechnung über Einnahme und Ausgabe einer geführten Verwaltung, so wie einer decharge, um die Sache definitiv abzumachen, nicht bedarf, nicht ausdehnen lassen, da es Regel ist, daß die Deposition erfordert wird, und die Stelle am Schlusse noch besonders der Curatoren erwähnt, bei welchen gleiche Grundsätze gelten sollen, durch dieses specielle Hervorheben der Curatoren allein aber die Ausdehnung auf andere, wenigstens alle solche Fälle ausgeschlossen zu haben scheint, die nicht in die Categorie einer Verwaltung fremden Vermögens gebracht werden können.

Es dürfte also ausgemacht sein, daß der, welcher im Falle nicht vollständiger, und einseitig nicht herzustellender Liquidität eines Anspruchs einen Andern ad judicium provocat, von der Zinsenzahlung frei wird, wenn Letzterer der Aufforderung zum gerichtlichen Austrage der Sache keine Folge leistet. Die Frage ist aber noch, ob hier jedesmal auch die weitern Vorschriften der l. 4. C. cit. beobachtet werden müssen? Daß eine gerichtliche Aufforderung nicht erforderlich, ergiebt die l. 4. C. selbst, denn sie erfordert dies nicht und wenn nachher von dem Praeses Provinciae die Rede ist, so bezieht sich dies blos auf die Aufnahme eines öffentlichen Aktes über die vorher bereits geschehene Aufforderung. Es würde auch eine solche gerichtliche Aufforderung sonstigen bekannten Regeln wiedersprochen haben. Es genügt also einfache Provocation. Nur auf diese Weise lassen sich auch die angezogenen l. 24. pr. und l. 47. D. de usur. (22, 1.) mit den übrigen Stellen in Einklang bringen, da es nach ihnen schon genügt, wenn nur der angebliche Schuldner zur Aufnahme des Streites bereit (paratus judicium accipere) war, womit auch die C. 28. §. 1. cit. übereinstimmt, wenn Marcellus bemerkt: quin etiam justius

Digitized by Google

mihi videtur, eum, *per quem non stetit, quo minus conventus restitueret tutelam*, ad praestationem usurarum non compelli. Indirekt wird dies auch noch durch die l. 20. D. de cond. furtiva (13, 1.) bestätigt, wo es heißt: licet fur paratus fuerit excipere condictionem, et per me steterit, dum in rebus humanis res fuerat, condicere eam, postea autem perempta est, tamen durare condictionem veteres voluerunt: quia videtur, qui primo invita domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere. — Dieser speciell nur auf die condictio furtiva passende Grund[1]) beweiset, daß hier eine Ausnahme von der allgemeinen Regel erörtert wird.

Die gesetzliche Wirkung dieser auffergerichtlichen Provokation, wornach der Verwalter fremder Angelegenheiten, wenn er auch sonst im Allgemeinen von dem, was er aus der Verwaltung schuldet, Zinsen zu entrichten hat, dieser Zinsenverbindlichkeit überhoben wird, dauert übrigens heut zu Tag, trotz der jetzt allgemein geltenden gerichtlichen Provokation zur Klage, um deswillen fort, weil die gerichtliche Provokation zur Klage nicht nur durch ein Berühmen des Gegners hinsichtlich seiner Ansprüche bedingt, also nicht in allen Fällen, welche die obigen Stellen umfassen, anwendbar ist, sondern auch, wo sie anwendbar, jedenfalls nur eine Befugniß des angeblichen Schuldners und der unterlassene Gebrauch dieser Befugniß nirgends mit dem Nachtheile bedroht ist, daß die gesetzliche Wirkung der auffergerichtlichen Aufforderung zur gerichtlichen Verhandlung der Sache, nicht weiter stattfinden solle.

Nach allem diesem wird im Zweifel von demjenigen, der einen Rechtsstreit aufgreift und nicht durch Form und Inhalt seines Vorbringens selbst sich verdächtig macht, anzunehmen sein, daß er sich nicht in mora befinde. Für diese Vermu-

1) Vergl. l. 8. §. 1. D. eod.

Digitized by Google

thung, daß im Zweifel bona fides des Verklagten bei seinem Vorbringen anzunehmen sei, sprechen die in obigen Stellen stets wiederkehrenden Worte: non videtur fecisse moram, moram facere non videri etc. und insbesondere auch die Bestimmung in l. 63. D. de R. J. *qui sine dolo malo* etc. — Es ist daher sehr unrichtig, wenn, wie von den Gerichten in der Regel geschieht, ohne alle Unterscheidung böser Glaube und Verzug mit dem Augenblicke des Beginnens des Rechtsstreits angenommen und wenigstens von diesem Augenblicke an, auf Bezahlung von Verzugszinsen erkannt wird.

Zwar scheint dies durch zwei Stellen [1]), wo es heißt: lite contestata usurae currunt, und: et hic moram fecisse videtur, qui litigare maluit, quam restituere, gerechtfertigt zu werden, allein immer wird man doch in der ersteren Stelle — will man sie auch nicht überhaupt blos darauf beziehen, daß die Zinsen nach erfolgter Litiscontestation fortlaufen, und nicht darauf, daß sie zu laufen beginnen — [2]), nicht mehr als die Regel finden können, die als faktische Regel auch gar nicht bestritten wird, weil unter den gewöhnlichen Verhältnissen diese gerichtliche Interpellation wirklichen Verzug begründen muß, die jedoch alsdann ihre Ausnahmen hat, wenn die Umstände von der Art waren, daß die Interpellation nicht als geeignet erscheint, den Beklagten, der nicht gleich nachgiebt, zu einem chikanösen Leugner zu machen. Was aber die zweite Stelle betrifft, so beweiset das Wörtchen hic, daß der, anscheinend als allgemeiner Grundsatz, ausgesprochene Entscheidungsgrund sich blos auf den damals entschiedenen Fall bezieht. Denn es kann nach dem Zusammenhange das gedachte Wörtchen nicht die Bedeutung von: derjenige, welcher lieber prozessiren, als restituiren will u. s. w. haben,

1) l. 85. D. de usur. (22, 1.) l. 82. §. 1. D. de V. O. (45, 1.)
2) Glück's Commentar 13r. Bd. S. 164. Note 57.

Digitized by Google

einmal, weil es in diesem Sinne vor qui nicht gebräuchlich ist, sodann aber auch, weil das letzte vorhergehende Subjekt gerade nicht derjenige ist, welcher zu restituiren hat, und vielmehr, um diesen zu bezeichnen, das Wörtchen *ille* hätte gebraucht werden müssen, endlich, weil der Satz auch, wie das praeteritum: *fecisse* beweiset, nur scheinbar als eine allgemeine Rechtsregel aufgestellt ist, indem es ebenfalls auf den entschiedenen Fall hinweiset und blos für die gegebene Entscheidung die Rechtfertigung enthält. Die Stelle sagt also, wörtlich übersetzt, nur: hier in diesem Falle war der in mora, welcher lieber prozessiren, als restituiren wollte, und sie scheint daher wegen der Bezugnahme auf die besonderen Umstände des entschiedenen Falles sogar eher für das Gegentheil zu beweisen. — Es findet auch alles dieses seine Bestätigung in den bereits angeführten und noch angeführt werdenden Stellen, die sonst gar nicht mit jenen Aussprüchen in Einklang zu bringen sein würden.

Hierher gehört insbesondere auch folgende: Sciendum est, non omne quod differendi causa *optima ratione* fiat, morae adnumerandum. Quid enim, si amicos adhibendos debitor requirat vel expediendi debiti, vel fidejussoribus rogandis, vel *exceptio* aliqua allegetur? Mora facta non videtur.

Si modo id ipsum *non fraudandi causa simuletur* [1]).

Es kann also nicht jede Verzögerung im Rechtsstreite als die mora begründend angenommen werden, namentlich gehört der Fall hierher, wenn Einreden vorgeschützt werden. Nur dürfen sie nicht selbst gleich Anfangs das Gepräge der Nichtigkeit an sich tragen, oder in der Folge sich als frivol darstellen. Es gilt also in Ansehung der mora während des Laufs eines Rechtsstreits ganz dasselbe, wie vor dessen Begin-

1) l. 21. 22. D. de usur. (22, 1.)

nen, und die beiden zuletzt angezogenen Stellen sind in dieser Beziehung ein Gegenstück zu den oben erwähnten l. 24. u. l. 47. pr. D. eod. u. l. 63. D. de R. J.; was dort juste genannt wird, heißt hier optima ratione, was dort sine dolo malo, hier non fraudandi causa.

Im scheinbaren Widerspruche mit dem Bisherigen scheint die l. 3. pr. D. de usur. (22, 1.) zu stehen, wenn es daselbst heißt: non facile evenire potest, ut, mora non praecedente, perveniatur ad judicem. Als factisch richtige Regel mag dieser Satz auch gelten, als ausnahmslose Rechtsregel aber schon allein wegen der Wortfassung: *non facile* nicht, indem dieser Ausdruck nicht auf einen Rechtssatz, der als gewiß und unzweifelhaft angeführt worden sein würde, sondern nur auf die thatsächlichen Verhältnisse bezogen werden kann, wornach es allerdings nicht leicht vorkommen wird, daß ohne allen vorausgegangenen Verzug des Beklagten in Erfüllung dessen, was der Kläger verlangt, dieser zur Betretung des Rechtsweges schreitet. Der unmittelbar folgende Einwurf, den sich Papinian selbst macht: sed puta legis Falcidiae rationem intervenisse, wodurch die lex Falcidia beispielsweise durch *puta* als eine Ausnahme angeführt wird, beweiset zur Genüge, daß die Berechnung der Qu. Falc. einer von den Fällen sein sollte, wo der Erbe, ohne sich einer mora schuldig zu machen, es auf eine gerichtliche Erörterung und Festsetzung dessen, was er zu zahlen schuldig, ankommen lassen dürfe. Wir werden auf dieses Beispiel weiter unten nochmals zurückkommen. Auf keinen Fall sagt aber die Stelle mehr, als das Allbekannte, daß in der Regel es nicht leicht zur Klage kommen werde, wenn nicht der Beklagte vorher in mora sei, und das potest ist daher, wie das non facile, mehr in einem blos faktischen, denn rechtlichen Sinne zu nehmen, wie es ja auch bei einer andern Gelegenheit schon ausgelegt wor-

Digitized by Google

den ist [1]). Namentlich aber sagt die Stelle nicht, daß stets der Beklagte sofort durch die Klage in moram versetzt werde, auch wenn er es nicht schon vorher war.

Alles dieses bezieht sich übrigens nur auf die eigentlichen Verzugszinsen, auf die, welche blos *propter moram solventium* infliguntur. Ganz andere Rücksichten treten ein bei den Zinsen des Kaufpreises vom Tage der Uebergabe der verkauften Sache; denn hierbei kommt es auf mora gar nicht an, wie wenigstens durch die Fragm. Vatic. §. 2. und l. 5. und 13. C. de act. e. v. (4, 49.) wörtlich bestätigt wird, und auch aus dem gesetzlich angegebenen Grunde dieser Zinsen hervorgeht. Dieser Grund ist nämlich nur die *aequitas* — wovon bei der *mora* und deren Folgen nirgends Rede — nam cum re emptor fruatur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere [2]). Es ist also nicht Verzug, sondern der Fruchtgenuß von Seiten des Käufers, mithin ein positiver Gewinn, welcher als neues Vermögensobjekt demselben aus der erkauften Sache zufließt, worin die angezogenen Stellen den angegebenen Billigkeitsgrund finden.

Da übrigens alle diese Stellen blos den Fruchtgenuß, nicht den bloßen Gebrauch als Grund der Zinsenverbindlichkeit angeben, so dürfte, nebenbei bemerkt, sehr zu bezweifeln sein, daß jeder Kaufpreis, ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit des verkauften Gegenstandes — ob derselbe fruchttragend oder nicht — und ohne Rücksicht auf mora, verzinset werden müsse. Denn dem Fruchtgenusse aus der erkauften Sache ist weder deren bloßer Gebrauch ohne Früchte, noch die Zurückbehaltung des Kaufpreises zum Nutzen des Käufers — sei es auch selbst, daß er unterdessen Zinsen davon bezogen hätte — gleichzustellen, und wenn auch

---

1) Huschke in der krit. Zeitschr. f. R. W. 3r Bd. S. 23.

2) l. 13. §. 20. D. de a. e. v. (19, 1.) cf. l. 16. §. 1. l. 17. §. 1. D. de usur. (22, 1.) l. 2. C. de usur. (4, 32.)

Digitized by Google

einige Stellen [1]) ganz allgemein zu reden scheinen, so ist doch bei der ersten wenigstens als ausgemacht anzunehmen, daß sie gerade fruchttragende Grundstücke im Auge hat, indem im pr. der Stelle von agris die Rede ist und die Abtheilungen unserer Pandektenstellen in §§. bekanntlich nicht von den Verfassern selbst, sondern von späterer Zeit herrühren, also nicht anzunehmen ist, daß der spätere §. von einem andern Gegenstande handle. Bei der Coderstelle aber wird eine gleiche Unterstellung dadurch gerechtfertigt, daß sich dieselbe ausdrücklich auf die aequitas bezieht, welche in den obigen Stellen ausdrücklich und ausschließlich in den Fruchtgenuß gesetzt wird, ohne petitio principii also nicht schon bei der bloßen Möglichkeit des Gebrauchs angenommen werden kann. Hiermit scheinen auch einige andere Stellen übereinzustimmen, welche von einer wahren mora in Berichtigung des Kaufpreises sprechen, und hierin die Verpflichtung zur Zinsenzahlung erkennen, die also mit den vorstehend angezogenen im Widerspruche stehen würden, wenn man sie ganz allgemein und auch von fruchttragenden Gegenständen verstehen und nicht vielmehr auf nicht fruchttragende Gegenstände, oder, was freilich auch geht, auf den Fall beschränken wollte, wo der Gegenstand des Kaufs dem Käufer noch nicht tradirt war, weil dies von ihm selbst verhindert worden [2]). Nur darf man nicht, wie dies in vorgekommenen Fällen schon geschehen, annehmen, daß erstere Stelle geradezu von einer Waarenschuld zu verstehen sei, weil dieselbe von *mercibus* spreche, denn dieses Wort bezieht sich nicht auf das Geschäft zwischen dem Käufer und Verkäufer, deren gegenseitiges Rechtsverhältniß entschieden wird, sondern es wird vielmehr der Waaren nur in der Beziehung

1) l. 18. §. 1. D. de usur. (22, 1.) l. 2. C. eod. (4, 32.)

2) l. 19. D. de peric. et com. rei vend. (18, 6.) cf. l. 47. D. de a. e. v. (19, 1.)

Digitized by Google

erwähnt, daß der Verkäufer, außer den Zinsen des Verzugs, nichts vom Käufer fordern könne, sollte er auch gleich z. B. ein Kaufmann, und deßhalb, wäre der Kaufpreis zeitig bezahlt worden, im Stande gewesen sein, durch Verwendung des Geldes in seinen Handel, oder wie es in der Stelle wörtlich heißt, ex mercibus, plus quam ex usuris, zu gewinnen.

Die l. 5. C. de pact. i. e. et v. (4. 54.) sagt ebenfalls von dem Falle eines Verkaufes, daß, wenn initio venditionis pretii tardius exsoluti usurae ausbedungen seien, sie gezahlt werden müßten, im Falle aber initio contractus hierüber nichts verabredet worden, *ex mora duntaxat usuras deberi.* Will man nicht einen Widerspruch mit den obigen Stellen annehmen, wornach bei der Verzinsung des Kaufpreises fruchttragender Dinge auf mora nichts ankommen soll, so muß man diese, die faktischen Momente des entschiedenen Falles nicht genau angebende Stelle ebenfalls blos von einer nicht fruchttragenden Sache oder von dem Falle verstehen, wenn der Besitz noch gar nicht auf den Käufer übergegangen war, weil er im Bezahlen des Kaufpreises säumig und der Verkäufer vorher nicht übergeben wollte. Als Gegenstand des Verkaufs wird zwar eine *possessio* genannt, oft gleichbedeutend gebraucht mit unserm deutschen Ausdrucke: Besitzung. Da wir aber nicht genau den Fall kennen, so dürfen wir wohl, um einem ohne Noth nicht anzunehmenden Widerspruche mit andern Stellen zu entgehen, unterstellen, daß eine nicht fruchttragende possessio gemeint sei, oder — wovon das Gegentheil nicht ausgedrückt, — der Besitz noch nicht übergegangen war.

Es ist hiernach anzunehmen, daß bei dem Kaufpreise von fruchttragenden Sachen die oben aufgestellten Regeln nicht gelten, weil hier nicht der Verzug, sondern der Fruchtgenuß, den Grund der Zinsenverbindlichkeit abgiebt, und nur Oblation, verbunden mit ordnungsmäßiger Depo-

Digitized by Google

ſition, oder, wo erſtere nicht möglich, — weil man den Nachfolger des Verkäufers nicht kennt, — die letztere allein genügt, um von der Verzinſung zu befreien [1]). Eben ſo ausgemacht iſt es aber, daß dieſe Regeln bei dem Preiſe für nicht fruchttragende Gegenſtände allerdings zur Anwendung kommen, weil hier nur der Verzug entſcheidet.

Eine gleiche Unterſcheidung dürfte auch nicht hinſichtlich des Mieth- und Pachtgeldes zu machen ſein; denn wenn auch nach mehreren Stellen [2]) dieſes Verhältniß ſonſt nach Analogie des Kaufcontrakts beurtheilt werden muß, ſo iſt dies doch in der fraglichen Beziehung nicht der Fall, weil das Miethgeld nicht für die vermiethete Sache, ſondern gerade für die Früchte gegeben wird, die nicht wieder Früchte tragen, weshalb denn auch die Frage, ob Verzugszinſen vom Miethgelde zu zahlen ſeien, lediglich von dem Miethvertrage oder wirklichen Verzuge abhängig gemacht wird [3]).

Als Fälle, wo der Schuldner ſelbſt noch nicht einmal durch die gegen ihn erhobene Klage in moram verſetzt wird, werden in den Geſetzen verhältnißmäßig nur wenige beſonders erwähnt, bei dem fragmentariſchen Zuſtande unſerer Quellen unterliegt es aber keinem Zweifel, daß andere gleichartige Fälle aus gleichen Gründen, nach denſelben Principien beurtheilt werden müſſen, und daß auf dieſe Weiſe durch Abſtraktion allgemeine Regeln gewonnen werden können, zumal es wohl ganz zufällig iſt, daß gerade nur die entſchiedenen und nicht auch noch andere ähnliche Fälle in unſern Quellen erwähnt werden, indem ſie entweder damals noch nicht zur Entſcheidung gekommen waren, oder von den Compilatoren überſehen wurden.

Beſonders angeführt werden folgende Fälle:

1) l. 18. §. 1. D. de usur. (22, 1.) l. 2. C. eod. (4, 32.)

2) pr. J. de emt. et vend. (3, 24.) pr. J. de loc. cond. (3, 25.) l. 2. pr. D. loc. cond. (19, 2.)

3) l. 17. §. 4. D. de usur. (22, 1.)

Digitized by Google

1) wenn der Schuldner zwar weiß, daß er etwas schuldig, aber den Betrag nicht kennt. Non potest improbus videri, qui ignorat, *quantum* solvere debeat[1]). War die Unwissenheit eine verschuldete, z. B. es handelt sich von einer Summe, die jemand aus einem von ihm selbst abgeschlossenen Contrakte schuldet und die nicht einmal einer Berechnung bedarf, oder die er sich selbst und ohne Mitwirkung eines Andern leicht berechnen kann, so darf die angezogene Stelle nicht angewendet werden. Hier wußte der Schuldige den Betrag seiner Schuld, oder konnte und mußte ihn wissen, sein Nichtwissen wird also nicht verziehen. Ob er aber diesen Betrag kannte oder kennen mußte, dies ist jedesmal aus den Umständen des einzelnen Falles zu ermessen. Auf die Angabe des Klägers an und für sich betrachtet, und abgesehen von der wirklichen oder präsumtiven eignen Wissenschaft des Beklagten, kann aber hierbei natürlich nichts ankommen, weil der letztere jenem zu seinem eignen Nachtheile nicht so leicht, wenigstens nicht eher zu glauben braucht, als bis objektive Gründe für eine solche Annahme aktenmäßig und so vorliegen, daß auch wohl ein Dritter, Unbefangener, sich für überzeugt halten könnte. Denn dem Schuldner darf es nicht verargt werden, wenn er sich nicht eher von einer ihm nachtheiligen Behauptung überzeugen will, als bis selbst der Richter, als unparteiischer Dritter, zur Ueberzeugung in einer ihm gleichgültigen und unbefangen von ihm zu betrachtenden Sache sich berechtigt halten kann. Dem Beklagten ist, wie Gensler bemerkt, eine schwere Ueberzeugung zu verzeihen[2]).

2) Ein weiterer Fall, welcher besonders in den Gesetzen erwähnt wird, ist der, wo über die Berechnung der Qu. Falcidia Streit entsteht. Daß ein Abzug an den Legaten statt-

1) l. 99. D. de R. J.

2) Handbuch zu Martin 1r. Thl. S. 337. n. 245.

Digitized by Google

finde, hat der Erbe zu beweisen [1]), es bleibt aber die Frage, wenn er behauptet, mehr abziehen zu dürfen, als sich bei dem Ausgange des Prozesses herausstellt, ob er dann gehalten ist, von diesem Mehr ebenfalls Zinsen zu bezahlen? Es haben sich verschiedene Rechtslehrer [2]) für die verneinende Ansicht ausgesprochen, grade in diesem speciellen Falle möchte aber eine Weigerung des Erben, die Legate in ihrem ganzen Betrage auszubezahlen, von der Zahlung der Zinsen nicht unbedingt befreien, läßt sie auch gleich unter ähnlichen Verhältnissen in andern Fällen sich unbestreitbar rechtfertigen.

Die Stellen, wodurch die Weigerung gerechtfertigt wird, oder zu werden scheint, sind folgende.

Eine schon oben angeführte Stelle [3]) macht gegen den Satz, es werde, ohne daß mora schon vorhanden, nicht leicht eine Sache zur gerichtlichen Entscheidung kommen, den Einwurf, daß dies z. B. bei der Berechnung der Qu. Falc. allerdings der Fall sei. Diese Stelle beweiset eigentlich nicht gradezu, daß mit der gerichtlichen Geltendmachung seiner Ansprüche der Legatar den Erben nicht sofort in moram versetze; denn sie sagt nur, es sei in diesem Falle nicht grade vorher schon ein Verzug des Erben anzunehmen — mora non *praecedente*. Da aber die Erhebung der Klage an und für sich betrachtet keineswegs geeignet ist, in dem Beklagten eine Ueberzeugung von seiner Schuldigkeit hervorzubringen, welche nicht auch eben so gut eine gehörig beschaffene aufforgerichtliche Mahnung hervorgebracht haben würde oder hätte hervorbringen müssen, so läßt sich wohl allerdings annehmen, daß die gerichtliche Interpellation in dem fraglichen Falle nicht immer eine mora begründe.

---

1) l. 17. D. de prob. (22, 3.).

2) Thibaut im A. f. d. c. Pr. 9r. Bd. S. 88. ꝛc. und die Juristen-Facultät in Göttingen. s. Elvers Themis I. Bd. 3. H. S. 541. ꝛc.

3) l. 8. pr. D. de usur. (22, 1.).

Digitized by Google

Eine andere Stelle [1]) verordnet, der Erbe, welcher frustrationis causa das beneficium legis Falcidiae implorire, müsse Zinsen bezahlen. Die Stelle beweiset also arg. a contr., daß derjenige, welcher nicht frustrationis causa, sondern in gutem Glauben und aus Gründen, welche für diesen sprechen, deren Beurtheilung jedoch dem arbitrium judicis in jedem einzelnen Falle überlassen bleibt, auf die lex Falcidia provocire, keine Verzugszinsen zu zahlen brauche. Jedoch müssen wenigstens nach der angezogenen l. 78. pr. D. de legat. II. 31. von demjenigen Theil des Legats Zinsen gezahlt werden, dessen einstweilige Leistung der Erbe schon jetzt als seine Schuldigkeit nachgab, oder anerkennen mußte, obgleich über die Größe der ganzen Schuld noch nicht erkannt worden ist. Auch diese Stelle beweiset aber zugleich in umgekehrter Richtung, daß der Erbe, welcher auf die l. Falc. in einem zweifelhaften Falle provocirt, nicht hinsichtlich des ganzen Betrags der Legate, sondern nur hinsichtlich des vorhin bemerkten Theils, den zu bestreiten oder zu bezweifeln er keine genügende Gründe hatte, als in mora versirend angesehen werden kann, denn ausdrücklich heißt es je, der Legatar solle nur hinsichtlich eines Theils als moram passus betrachtet werden, in eam (sc. partem) moram passus intelligitur.

Durch diese Stellen scheint die Ansicht, daß der Erbe, welcher auf die l. Falc. provocirt und es zum Prozesse kommen läßt, wenn er dies nur nicht aus chikanöser Absicht thut, allerdings von der Zinsenzahlung in Ansehung des zweifelhaften Theils frei sei, und diese Ansicht scheint auch in der That sehr billig; denn wie oft kennt der Erbe nicht die Größe der Erbschaft, insbesondere der Schulden? [2]).

Auch daraus, daß grade für den Fall, si cui plus, quam licuerit, legetur, et dubitari juste possit, utrum l. Falc. lo-

1) l. 89. §. 1. D. ad L. Falc. (35, 2.).

2) cf. l. 1. §. 4. D. si cui plus (35, 3.).

Digitized by Google

cum habitura est, nec ne, zu Gunsten des Erben — (subvenit praetor *heredi*) und auf dessen Verlangen eine eigne, von dem Legatar ihm zu leistende Caution eingeführt ist [1]), läßt sich wohl das Gegentheil nicht herleiten; denn kann auch der Erbe durch das Verlangen einer solchen Caution der Gefahr, Zinsen zahlen zu müssen, entgehen, so folgt doch noch nicht, daß er es nicht darauf ankommen lassen dürfe, ob der Richter nicht dennoch seine Weigerung, sofort das Ganze zu zahlen, als eine justa anerkennen und ihn also von der Zinsenzahlung freisprechen werde, mit einem Worte, ob er nicht auf die zu seinem Besten eingeführte und weniger darauf, daß der Erbe von der Zinsenzahlung befreit werde, als auf die Hoffnung der Rückzahlung des durch die Berechnung der Qu. Falc. sich herausstellenden nicht schuldigen Theils, berechnete Caution, verzichten könne, und ob dann nicht die allgemeinen Grundsätze eintreten, welche, ganz abgesehen von einer Befugniß, eine Caution zu verlangen, gegolten haben würden. Wenn die Zahlung mit der Aussicht auf Rückzahlung jedenfalls ihre Schwierigkeit und Nachtheile hat, auch Cautionen nicht immer sicher sind, so kann um so weniger an Obigem gezweifelt werden, als [2]) die fragliche Caution auch als ein notissimum juris auxilium des Legatars gegen diejenigen, qui sub obtentu legis Falcidiae legata morantur, angesehen wird, um auf Verlangen sofort das ganze Legat ausbezahlt zu erhalten, und also hierdurch dem Legatar gleichsam aufgegeben wird, Caution zu leisten, sich hierzu zu offeriren, um dadurch sein Verlangen auf Auszahlung des ganzen Legats zu begründen. Nur für den Fall, wenn der Legatar nicht im Stande ist, die fragliche Caution zu bestellen, soll ein arbiter

1) tit. D. si cui plus, quam per l. Falc. licuerit, legatum esse dicetur (35, 3.), besonders l. 1. pr. u. §. 6. verb. *heres — audiatur*

2) l. 2. C. de usur. et fruct. legat. (6, 47.)

ernannt werden, welcher, altera parte cessante, d. h. bei dem Zögern des Erben, partibus fungetur, und nur für diesen Fall heißt es: Et si constiterit, legi Falcidiae locum non esse, et usuras et fructus post litem contestatam percipietis. In dem Falle also, wo der Legatar sich durch Cautionsleistung helfen konnte und dies unterlies, werden ihm die Zinsen nicht zugesprochen, für den entgegengesetzten Fall aber allerdings, wenn die Erben sub obtentu legis Falcidiae, unter dem Vorwande, daß dieses Gesetz zur Anwendung komme, legata morantur, d. h. die Auszahlung der Legate wahrhaft und im gewöhnlichen Sinne des Wortes verzögern.

Nach älterem Rechte läßt sich mithin nicht bezweifeln, daß Legate, bei welchen zweifelhaft ist, ob sie nicht durch die lex Falcidia beschränkt werden, nur ausnahmsweise verzinset zu werden brauchen, nämlich dann, wenn der Legatar sich nicht durch Cautionsleistung helfen kann, und auch in diesem Falle nur dann, wenn die lex Falcidia dem Erben nur zum unbegründeten Vorwande dient, ihm also eine wahre wissentliche mora zum Vorwurfe gemacht werden kann.

Dieses scheint jedoch in dem neueren Rechte eine große Aenderung erlitten zu haben, durch das von Justinian eingeführte benef. inventarii. So viel ist vorerst gewiß, daß der Erbe, der nicht von dem benef. inventarii Gebrauch macht, den Legataren keine Quart abziehen dürfe [1]). Er muß also nach diesem neueren Rechte die sonst bei Legaten üblichen Zinsen bezahlen, grade so, wie in den Fällen, wo vor Einführung des benef. inventarii im einzelnen Fall auſſer Zweifel war, daß die l. Falc. nicht zur Anwendung kommen könne.

Es müssen also, jedoch erst ex eo tempore, quo lis contestata est, Zinsen unbedingt geleistet werden [2]).

1) l. 22. §. 4. u. §. 14. C. de jure delib. (6, 30.) Nov. 1. c. 2. pr. §. 1. 2.

2) l. 1. l. 2. i. f. l. 4 C. de usur. et fruct. legat. (6, 47.).

Digitized by Google

Ob aber der Erbe nicht wenigstens dann von der Zinsenzahlung frei sei, wenn er wirklich ein Inventar errichtet hat? — da er in diesem Falle die Erbschaft kennt und wissen muß, wie viel ihm die einzelnen Erbschaftsgegenstände werth sind, so läßt sich wohl behaupten, daß, wird er zu mehr verurtheilt, als er geben wollte, er auch Zinsen davon zahlen müsse; denn hier streitet immer gegen ihn der Umstand, daß er seine Rechnung sich selbst leicht machen konnte, daß er die Erbschaft kannte, und also sub obtentu legis Falcidiae legata moratur oder frustrationis causa beneficium legis Falcidiae imploravit, wie es in den angezogenen Stellen heißt, und in diesem Falle sollen ja, si constiterit legi Falcidiae locum non esse, von Zeit der Litiscontestation an, Zinsen entrichtet werden. Ganz ausser Zweifel ist wohl ferner die Verpflichtung zur Zinsenzahlung, wenn zwar nach dem Inventare der Abzug der falcidischen Quart begründet sein würde, die Legatare aber im Stande sind, dem Erben zu erweisen, daß er wissentlich nicht alles Aktivvermögen — oder, was diesem gleichsteht, zu viel Schulden, etwa in Folge von Collusionen mit abgefundenen Gläubigern u. s. w. — in das Inventar aufgenommen hat [1]).

Nur in den Fällen, wenn der Erbe ohne sein Verschulden etwas von dem Aktivvermögen in das Inventar aufzunehmen unterließ, oder sich bei dem Nachlasse dubiöse Ausstände befinden, die eingehen, oder in gutem Glauben bereits getilgte Schulden als noch unberichtigt aufgenommen worden sind, und sich hernach im Verlaufe der Sache zeigt, daß an den Legaten nichts oder nicht so viel, als der Erbe anfänglich wollte, gekürzt werden dürfe — die Legatare endlich auch nicht bereit waren, wegen Rückgabe des nach der Ansicht des Erben zuviel Verlangten Caution zu leisten — (anders, wenn sie hierzu ausser Stand sind, l. 2. C. cit.) nur

1) arg l. 22. §. 10. C. de jure delib. (6, 30.) Nov. 1. c. 2. pr. §. 1.

Digitized by Google

in diesen Fällen scheint der auf Bezahlung der Legate belangte Erbe von der Verzinsung des Ganzen oder des streitigen Theils frei zu sein, und dies muß um so mehr gelten, als es Regel ist, daß im Zweifel von allen Legaten post litem contestatam Zinsen gezahlt werden müssen, dem Erben auch seine Unwissenheit wenigstens nichts nutzen soll, was immer der Fall sein würde, wenn er durch seine Weigerung selbst Früchte oder Zinsen bezogen hätte.

3) *Qui in alterius locum succedunt*, justam habent causam ignorantiae, an id, quod peteretur, deberetur. *Fidejussores* [1]) quoque non minus, quam *heredes*, justam ignorantiam possunt allegare [2]).

Es ist dies der allgemeine Grundsatz, daß die ignorantia facti alieni verziehen wird [3]), wenn sie nicht an sich als eine unverzeihliche sich darstellt, als eine ignorantia deperditi et nimium securi hominis, als eine negligentia crassa oder nimia securitas, als eine summa negligentia, cum omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat [4]). Diese Rücksicht für diejenigen, welche in locum alterius succedunt, zeigt sich auch bei andern Verhältnissen [5]).

1) Dieses Beispiel von den Bürgen bezieht sich nicht auf den Fall, wenn sie nicht wissen, an id, quod peteretur, deberetur; denn eines Theils müssen sie wissen, wofür sie sich verbürgt haben, da es sich um ein factum proprium handelt, andern Theils aber dürfen sie nicht für den Schuldner zahlen, wenn sie nicht bestimmt wissen, daß er etwas schuldig. Dieses Beispiel scheint sich vielmehr auf den auch in andern Stellen erwähnten Fall zu beziehen, wenn sie Einreden vorzuschützen unterlassen, die der Hauptschuldner hätte vorschützen können, die ihnen aber unbekannt waren.
l. 8. §. 8. l. 10. §. 12. l. 29. pr. §. 1. 2. 4. D. mand. (17, 1.)

2) l. 42. D. de R. J. (50, 17.); c. 14. de R. J. in 6to. cf. l. 5. §. 1. D. pro suo (41, 10.).

3) l. 3. pr. l. 5. l. 9. §. 5. D. de jur. et facti ignor. (22, 6.)

4) l. 3. §. 1. l. 6. l. 9. §. 2. u. 5. D. eod.

5) l. 76. §. 1. D. de R. V. (6, 1.) vergl. l. 1. §. ult. D. depos. (16, 3.) l. 21. §. 1. D. de a. e. v. (19, 1.) l. 47. eod. l. 6. pr.

Digitized by Google

Die beiden letzteren auf S. 100 in Note 5 gedachten Stellen sind um so mehr beweisend, da die dem Kläger verziehene Unwissenheit noch weit verzeihlicher bei dem Verklagten erscheint. Diese Verschiedenheit wird, unter Angabe des Grundes, ausdrücklich in den Gesetzen hervorgehoben [1]). Jedoch versteht es sich von selbst, daß, sobald der Erbe das wahre Sachverhältniß erfährt, er wie jeder andere haftet [2]). Diese justa ignorantia der Erben scheint jedoch nur dann wirksam zu sein, wenn nicht schon in der Person des Erblassers der Verzug seinen Anfang genommen; denn eines Theils ist bekannt, daß die einmal begonnene mora fortdauert [3]), bis etwa der Gegner in die entgegengesetzte mora versetzt wird, andern Theils bestimmen mehrere Stellen, wenigstens für den Fall, wenn der Erblasser schon wirklich Zinsen bezahlt habe, daß nun auch aus diesem Grunde der Successor solche für die Zukunft bezahlen müsse [4]), und endlich scheint auch, nach allgemeinen Grundsätzen, die einmal begonnene mora so gut wie jede andere Folge unerlaubter Handlungen oder der Unthätigkeit des Erblassers sich zu vererben [5]). Indirekt wird dies auch bewiesen dadurch, daß die mora des Hauptschuldners gegen den Bürgen wirkt [6]); denn dieser hat doch immer, auch wenn der Hauptschuldner todt ist, die Einrede der Vorausklage nicht nur, sondern auch den Regreß wegen dessen, was er zahlen muß, und würde diesen Regreß in Anse-

---

§. 1. D. de usur. (22, 1.) l. 32. §. 3. 5. cod. l. 28. §. 1. l. 29. D. de adm. tut. (26, 7.) l. 44. §. 4. D. de usurp. (41, 3.) l. 6. §. 1. D. pro suo (41, 10.). l. 1. §. 2. l. 2. pr. C. de pl. pet. (3, 10.).

1) l. 42. D. de R. J. (50, 17.)

2) l. 13. pr. D. depos. (16, 3.)

3) l. 87. §. 1. D. de legat. II. (31.)

4) l. 6. pr. §. 1. D. de usur. (22, 1.)

5) l. 27. D. de usur. (22, 1.)

6) l. 24. §. 1. D. de usur. (22, 1.)

Digitized by Google

hung der Verzugszinsen nicht geltend machen können, wenn nicht die Erben zugleich aus der mora hafteten.

4) Unter der vorhergehenden Nummer wurde der Fall erörtert, wenn der Verklagte in locum alterius successit. Eine gleiche justa ignorantiae causa hat derselbe auch, wenn nicht der ursprünglich Berechtigte selbst, sondern ein angeblicher Erbe oder Partikularsuccessor oder angeblicher Bevollmächtigter klagend auftritt, ohne sofort sich glaubhaft über jene Eigenschaft auszuweisen. Auch hier hat der Beklagte nicht nöthig, ohne gehörige Nachweisung der Erbenqualität, Cession oder Bevollmächtigung, an den Kläger zu bezahlen, und sein Leugnen gilt nicht als dolus. Si quis infitiatus sit non adversus dominum, sed quod eum, qui rem depositam petebat, verum procuratorem non putaret aut ejus, qui deposuisset, heredem, nihil dolo malo facit. Von dem Augenblicke aber an, wo die Legitimation nachgewiesen ist, tritt mora ein. Postea autem si cognoverit, cum eo agi poterit; quoniam nunc incipit dolo malo facere, si reddere eam non vult.

Beides wird bestimmt in der schon oben angezogenen l. 13. pr. D. depos. (16, 3.) ausgesprochen. In einem solchen Falle der Unbekanntschaft mit der Person des Rechtsnachfolgers, wirkt nicht einmal das für den Fall der nicht pünktlichen Zahlung gegebene Versprechen höherer Zinsen [1]). Dasselbe gilt, wenn man den Vertreter eines Gläubigers nicht kennt und an diesen selbst nicht mit der Wirkung der Liberation gezahlt werden kann [2]).

---

1) Si tamen post mortem creditoris nemo fuit, cui pecunia solveretur, ejus temporis inculpatam esse moram constitit. l. 9. §. 1. D. de usur. (22, 1.)

2) l. 17. §. 3. D. de usur. (22, 1.) Si pupillo non habente tutorem fideicommissum solvi non potuit, non videri moram per heredem factum, D. Pius rescripsit . . . . quid enim potest imputari ei, qui solvere, etiam si vellet, non potuit? Nec simile videri posse,

Digitized by Google

Auch hier macht aber natürlich wieder die Natur der Zinsen des Kaufpreises einen Unterschied, weil sie nicht als Verzugszinsen angesehen werden können [1]).

Post traditam possessionem defuncto venditore, *cui successor incertus fuit*, medii quoque temporis usurae pretii, quod in causa depositi non fuit, praestabuntur.

Ueberhaupt wird bisweilen angenommen, daß Verzug vorhanden sei, wenn auch derselbe nicht einer bestimmten Person vorzuwerfen ist. Dies ist namentlich bisweilen, jedoch nicht immer, der Fall, wenn der Schuldner nicht anwesend ist, um verklagt werden zu können [2]). Jedoch läßt sich keine Regel hieraus bilden [3]).

Ob im einzelnen Falle eine Nachweisung der Erbenqualität ꝛc. überhaupt noch erforderlich, oder ob letztere nicht notorisch, dem, der eine Nachweisung verlangen wollte, als seine vorgebliche Unwissenheit, als eine unverzeihliche, nicht zu statten kommen dürfe, — dies alles ist natürlich wieder quaestio facti.

Diese vier Beispiele mögen genügen, um den obigen Satz zu rechtfertigen, daß bei der Frage: ob Verzugszinsen zuzuerkennen seien, nicht immer das End-Resultat der Verhandlungen in der Hauptsache zum Maaßstabe dienen könne, vielmehr jedesmal auf die besonderen Umstände des Falles und die daraus zu entnehmende wirkliche oder gesetzlich zu präsumirende Kenntniß oder Unkenntniß des Beklagten mit den faktischen Verhältnissen, Rücksicht zu nehmen sei, daß also nicht durch die

---

quod placuit minoribus etiam in his succurri, quae non adquisierunt: usurae enim non propter lucrum petentium, sed propter moram solventium infliguntur.

1) l. 18. §. 1. D. de usur. (22, 1.)

2) *Aliquando* etiam in re moram esse decerni solet, si *forte* non *exstat*, qui *conveniatur*. l. 23. §. 1. D. de usur. (22, 1.)

3) vergl. l. 32. §. 1. D. eod.

Digitized by Google

Behändigung der Klage, wie man gewöhnlich behauptet[1]), allgemein und unbedingt Verzug begründet wird, vielmehr dieser Erfolg, wenn nicht eigene Wissenschaft oder verschuldete Unkenntniß und wirklicher böser Glaube vorhanden, nur dann eintritt, wenn die Klage so beschaffen war, daß sie bei einem Unbefangenen die Ueberzeugung von der Richtigkeit des Anspruchs an sich betrachtet in quali et quanto, so wie von der eignen Schuldigkeit und der Sachlegitimation des Klägers hervorbringen mußte.

Die obigen einzelnen Fälle geben zugleich dem Richter einen Anhaltspunkt, wann er, ohne Beweis des Gegentheils, Verzug, als durch die Klage allein begründet, nicht annehmen dürfe — und diese sämmtlichen Fälle lassen sich auf die allgemeinen Regeln, welche von der ignorantia facti proprii et alieni gelten, zurückführen, so daß es auch im Falle erhobener Klage nicht eine Rechtsfrage, sondern in jedem einzelnen Falle ganz dem allgemeinen Grundsatze in l. 32. pr. D. de usur. (22, 1.) gemäß, lediglich quaestio facti ist, ob Verzug anzunehmen sei, oder nicht, also auch, ob die Folgen des Verzugs stattfinden, oder nicht. Diese Uebereinstimmung mit allgemeinen Grundsätzen des Röm. Rechts ist zugleich die beste Bestätigung der entwickelten Ansicht.

1) s. z. B. Martin's bürgerl. Proz. §. 142.

Digitized by Google

III.

Geht der von dem Erblasser ausgeübte Besitz durch die Erbschaftsantretung auf den Erben über?

Von

Herrn Dr. Ludwig Puncher,
Universitäts-Syndicus zu Marburg.

Bei der Untersuchung der Frage, ob der von dem Erblasser ausgeübte Besitz durch die Erbschaftsantretung allein, also ohne die hinzukommende Apprehension der einzelnen Sachen, auf den Erben übergehe, darf man nicht hoffen, dadurch zu einem genügenden Resultate zu gelangen, daß man die hierher gehörenden scheinbar widersprechenden Stellen des römischen Rechtes durch Distinctionen und Limitationen mit einander zu vereinigen sucht. Man muß vielmehr nachweisen, welcher Zusammenhang zwischen diesen Stellen und den hier einschlagenden Lehren im Allgemeinen Statt findet, und daher bei der Interpretation von dem im gemeinen Rechte so scharf ausgeprägten Charakter des Besitzes und der Bedeutung der der hereditas jacens beigelegten Persönlichkeit ausgehen.

Aus der factischen[1]) Natur des Besitzes folgt nun,

1) Duaren. comm. in tit. de acq. vel amit. poss. ad l. 1. in praef. (p. 617. 618. ed. Francof.) von Savigny Besitz §. 5. u. 6. der 6ten Ausg.

Digitized by Google

daß eine Uebertragung deſſelben nicht möglich iſt; denn der, welcher den Beſitz einer von einem Andern bisher beſeſſenen Sache erwirbt, erlangt nicht den Beſitz ſeines Vorgängers, ſondern, da in der Perſon des neuen Erwerbers das factiſche Verhältniß zu der Sache durch corpus und animus ſelbſtſtändig begründet werden muß, ſo erwirbt derſelbe einen neuen Beſitz, für deſſen Erwerb an ſich es auch ganz gleichgültig iſt, ob derſelbe mit oder ohne den Willen des bisherigen Beſitzers geſchehen iſt. Für den Singularnachfolger iſt dieſes wohl nie bezweifelt worden [1]); es gilt aber auch gleichmäßig von dem Erben, denn da mit dem Tode die Möglichkeit wegfällt, körperlich auf die Sache einzuwirken, und überdies auch der zur Erhaltung des Beſitzes nöthige Wille aufhört [2]), ſo muß der Beſitz mit dem Tode deſſen, der ihn bisher hatte, beendigt werden. Es fragt ſich aber hier, ob nicht die Perſonification der hereditas jacens eine Fortſetzung des Beſitzes durch die Erbſchaft bewirke, und einen Uebergang auf den Erben durch die Antretung derſelben vermittele. Die Bedeutung der der hereditas jacens beigelegten Perſönlichkeit iſt in den einzelnen Stellen [3]) ſehr beſtimmt dahin ausgeſprochen, daß ſie den Verſtorbenen (für und anſtatt des Erben) repräſentire, natürlich aber nur ſo weit, als überhaupt eine ſolche Repräſentation möglich iſt, alſo in rechtlicher, nicht in factiſcher Beziehung. Daher wer-

1) Duaren. l. c. ad l. 1. de acq. vel amit. poss. p. 630. Cum transfero in te dominium alicujus rei meae — idem dominium, quod ego habebam, in te videtur transferri. — De possessione idem dici non potest, plures possessiones; quot enim sunt homines, qui possidere incipiunt, tot dicemus esse possessiones. Ego possideo rem aliquam, volo eam in te transferre, *novam* possessionem consequeris. Von Savigny Beſitz §. 5. S. 27. Note 1.

2) l. 4. locat. (19, 2.) l. 65. §. 1. de leg. I. (30.) c. 5. de rescript. in VI. (1, 3.)

3) §. 2. J. de hered. instit. (2, 14.) l. 31. §. 1. eod. (28, 5.) l. 34. de acq. rer. domin. (41, 1.)

Digitized by Google

den durch die hereditas jacens dem Erben nicht nur alle auf denſelben übertragbaren Rechte erhalten, ſondern es kann durch dieſelbe auch ein neuer Erwerb gemacht werden [1]). Der von dem Erblaſſer ausgeübte Beſitz dagegen kann auf die hereditas jacens nicht übergehen, weil bei derſelben, als einem blos fingirten Rechtsſubject, das den Beſitz bedingende, mit einem beſtimmten Wollen verbundene körperliche Verhältniß zur Sache undenkbar iſt. Dieſer Satz wird durch eine Reihe von Stellen auſſer Zweifel geſetzt:

l. 31. §. 5. de usurpat. (41, 3.)

Vacuum tempus, quod ante aditam hereditatem, vel post aditam intercessit, ad usucapionem heredi procedit.

Mit dem Tode des Beſitzers tritt alſo *vacua possessio* ein, und daher kann auch an den in Niemandes Beſitze ſich befindenden Erbſchaftsſachen eine ſolche contrectatio nicht vorgenommen werden, wie dieſelbe zum Begriffe des Diebſtahls erfordert wird [2]), weshalb man dem Erben durch die accusatio expilatae hereditatis zu Hülfe kam [3]):

l. 2. expil. hered. (47, 19.)

Si expilatae hereditatis crimen intendatur, Praeses provinciae cognitionem suam accommodare debet: cum enim furti agi non possit, solum superest auxilium Praesidis. §. 1. Apparet autem expilatae hereditatis crimen in eo casu intendi posse, quo casu furti agi non potest, scilicet ante hereditatem vel *post aditam, antequam res ab*

---

1) Mühlenbruch Lehrbuch des Pand. R. §. 697.

2) l. 6. expil. hered. (47, 19.) Hereditariae rei furtum non fit, sicut nec ejus, quae sine domino est. l. 14. §. 14. l. 68. de furt. (47, 2.) l. 40. de noxal. act. (9, 4.)

3) l. ult. C. de crim. expil. hered. (9, 32.) Expilatae hereditatis crimen loco deficientis actionis (nämlich furti) intendi consuevisse, non est juris ambigui.

Digitized by Google

herede possessae sunt, nam in hunc casum furti non competere palam est.[1]).

Dieſe vacua possessio dauert auch nach der Erbſchaftsantretung ſo lange fort, bis der Erbe den Beſitz der einzelnen Sachen corpore et animo erworben hat.

Selbſt der durch einen Stellvertreter, z. B. den Pachter, für den Erblaſſer ausgeübte Beſitz wird durch jenen für die hereditas jacens nicht fortgeſetzt, weil, wenngleich das corpus in der Perſon des Stellvertreters fortdauert, doch der animus mit dem Tode des Verpachters aufgehört hat, was zum Verluſte des Beſitzes ſchon hinreichend iſt. Daher muß der Erbe auch in dieſem Falle, um den Beſitz zu erwerben, nach der Antretung der Erbſchaft eine Handlung vornehmen, durch welche er den Pachter zum Repräſentanten dieſes neuen Beſitzes macht[2]). Wollte man dagegen annehmen, daß der Pachter den Beſitz Namens der hereditas jacens fortſetze, ſo würde zu deſſen Uebertragung auf den Erben die Antretung der Erbſchaft allein hinreichen.

Da nun die hereditas jacens nach dem bisher Angegebenen überhaupt keinen Beſitz ausübt[3]), ſo kann auch durch

---

1) Die l. 12. C. ex quib. caus. infam. (2, 12.) iſt nicht entgegen, indem dieſelbe nur ſagt, daß das crimen expil. hered. gleichwie ein furtum improbius die Infamie zur Folge haben ſolle. Brunnem. ad h. l. Gerhardi Noodt. Julius Paul c. 7. (in opp. tom. I. p. 577. ed. Lugd.)

2) l. 30. §. 5. de acq. vel. am. poss. v. Savigny a. a. O. S. 361. 362.

3) Nach l. 1. §. 5. eod. und l. 16. de oblig. et act. (44, 7.) kann die hered. jacens durch einen Servus den auf ein Peculium ſich beziehenden Beſitz erwerben. Man würde aber irren, wenn man hieraus ſchließen wollte, daß die hered. jacens deshalb den Beſitz des Servus haben müſſe, weil dieſes überhaupt die Vorausſetzung ſei, unter welcher durch einen Servus der Beſitz erworben werden könne. (l. 21. pr. l. 54. §. 4. de acq. rer. dom. l. 1. §. 6. de acq. vel amit. poss.) Dieſer Beſitzerwerb beruht nämlich auf der Regel, daß der Herr durch ſeinen Servus den auf ein Peculium ſich beziehenden Beſitz ganz ohne ſein Wiſſen erhält, weshalb denn auch ſolche Perſo-

Digitized by Google

die Erbſchaftsantretung allein, durch welche ein Eintreten in alle übertragbaren Rechte des Erblaſſers bewirkt wird, kein Beſitz auf den Erben übergehen. Unſere Rechtsquellen ſprechen dieſen Satz ganz unumwunden aus:

l. 23. D. de acq. vel am. poss. (41, 2.)

Quum heredes instituti sumus, adita hereditate, omnia jura quidem ad nos transeunt, *possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa,* ad nos non pertinet.

l. 1. §. 15. D. si is qui testamento lib. (47, 4.)

Scaevola ait, possessionis furtum fieri; denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri. Idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia *possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi: sed nec heredis est possessio antequam possideat,* quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis, *non autem fuit possessio hereditatis.*

Mit dieſen Stellen ſoll nun im Widerſpruch ſtehen:

l. 30. pr. D. ex quib. causis maj. (4, 6.)

Cum miles, qui usucapiebat decesserit, et heres impleverit usucapionem, aequum est rescindi, quod postea usucaptum est, ut eadem in heredibus, qui in usucapionem succedunt, servanda sint: quia possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem, et plerumque nondum hereditate adita completur.

Dieſe Stelle enthält zunächſt die Beſtimmung, daß der frühere Eigenthümer reſtituirt werden könne gegen die Uſucapion ſeiner Sache von Seiten eines Dritten, und zwar ſo-

nen, welche überhaupt keinen Willen haben, auf dieſe Weiſe den Beſitz erwerben können, wie Kinder, Wahnſinnige und Erbſchaften, welche auch in der l. 1. §. 5. cit. zuſammengeſtellt werden. Aus demſelben Grunde erwirbt auch der in Kriegsgefangenſchaft ſich befindende Herr durch ſeinen Servus den Beſitz. [l. 23. §. 3. ex quib. caus. maj. (4, 6.) l. 15. pr. l. 44. §. 7. de usurp. (41, 3.) l. 12. §. 2. l. 22. §. 3. l. 29. l. 44. §. 7. de captiv. (49, 15.)] v. Savigny a. a. O. S. 358 f.

Digitized by Google

wohl dem ersten Besitzer, als dessen Erben gegenüber; da aber die der Restitution gegen die vollendete Usucapion einer Sache zur Grundlage dienende Eigenthumsklage [1]) gegen den Erben, als solchen, nicht Statt findet, sondern nur unter der Voraussetzung gegen denselben angestellt werden kann, daß er sich im Besitze der fraglichen Sache befinde, so wird die obige Entscheidung durch den Zusatz motivirt, daß der Erbe in die Usucapion succedire, quia possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem, und dieses sind die Worte, welche den vorhin angeführten Stellen widersprechen sollen.

In der Glosse finden sich über das gegenseitige Verhältniß dieser Stellen drei Ansichten [2]):

1) Die l. 30. cit. sei von dem *suus heres* zu verstehen, auf welchen der Besitz mit dem Tode des Erblassers sogleich übergehe, die andern Stellen dagegen von dem *extraneus heres*, welcher den Besitz durch Apprehension erst erwerben müsse.

2) Nach der Ansicht Anderer soll die Apprehension bei jedem Erben nöthig sein, und bei der l. 30. supponirt werden, daß die Apprehension wirklich Statt gefunden habe, weshalb der Uebergang des Besitzes auf den Erben durch das beigefügte *quasi* als ein mittelbarer bezeichnet werde.

3) Accursius ist auch der Ansicht, daß der Erbe nur durch Apprehension den Besitz erlangen könne, er versteht je-

---

1) Burchardi Wiedereinsetzung S. 439 ff.

2) Gl. ad l. 30. cit. verb. *quasi juncta.* Dominium continuatur a testatore in heredem, item possessio, ut hic. Sed contra in possessione, nisi fuerit apprehensa, inf. de acq. poss. l. cum heredes et l. qui universas §. quod per colonum et inf. de crim. expilat. hered l. 2. quae sunt contra. Solve 1) secundum quosdam ille in extraneo, hic in suo herede; 2) alii hanc secundum illam intelligunt, scilicet quum fuerit apprehensa, et ideo hic ponit quasi. 3) Tu dicas, quod hic dicet quoad usucapionem, quae completur etiam antequam heres possideat.

Digitized by Google

doch die l. 30. von einem unmittelbaren Uebergange des Beſitzes auf den Erben, als Ausnahme zu Gunſten der Uſucapion. Dieſe Anſicht wurde auch von den vorzüglichſten Nachfolgern der Gloſſatoren [1]) vertheidigt, und von den ſpätern Juriſten [2]) beinahe einſtimmig mit Recht angenommen.

l. 30. §. 5. de acquir. vel amit. poss.

Quod per colonum possideo, heres meus, nisi ipse nactus possessionem, non poterit possidere: retinere enim animo possessionem possumus, apisci non possumus. Sed quod pro emtore possideo, per colonum etiam usucapiet (etiam) heres meus.

Der erſte Theil dieſer Stelle enthält eine Anwendung der Regel, daß der Erbe den Beſitz von neuem erwerben müſſe; als Ausnahme wird aber hinzugefügt, daß die von dem Erblaſſer begonnene Uſucapion (auch ohne Beſitzergreifung) fortlaufe. Dieſe Forſetzung der Uſucapion wird auch in einer andern Stelle geradezu als eine Singularität bezeichnet:

---

1) Nachdem Bartolus ad l. 30. die Controverſe im Allgemeinen erwähnt hat, entſcheidet er dieſelbe auf folgende Weiſe: Tu dic, quod possessio *nunquam continuatur*, et quod hic dicitur verum est, *quoad usucapionem*, quia continuatur et perficitur hereditate jacente. Baldus ad h. l. Nota quod possessio defuncti conjungitur cum possessione heredis. Quidam verum (esse dicunt) in suo herede; sed tu dic, quod existentia sui heredis nihil operatur quoad possessionem facti; ideo inter possessionem defuncti et heredis semper est medium et est *nova* possessio; aliud est possessionem continuari, aliud conjungi; und ferner Baldus in rubr. D. de rei vindicatione: Possessio heredis est *nova* possessio, quia possessio testatoris morte finitur.

2) Gail II. obs. 129. Tiraquellus in tract. le mort saisit le vif p. 1. decl. 3. n. 4. Stryk us. mod. pand. lib. 41. tit. 2. §. 6. Lauterbach coll. th. pr. eod. §. 39. Voet comm. lib. 29. tit. 2. n. 18. vergl. mit lib. 41. tit. 2. n. 2. von Savigny Beſitz §. 28.

l. 44. §. 3. de usurpat. (41, 3.)
Nondum aditae hereditati tempus usucapioni datum est, sive servus hereditarius aliquid comparat, sive defunctus usucapere coeperat; sed haec *jure singulari* recepta sunt.

Dieſe zur Begünſtigung der Uſucapion eingeführte Fortſetzung des Beſitzes durch die hereditas jacens, und, nach der Antretung der Erbſchaft, durch den Erben iſt dieſem Verhältniſſe nicht eigenthümlich, ſondern auch dem Singularſucceſſor wird der Uſucapionsbeſitz ſeines Auctors zu Gute gerechnet. Es iſt dieſes ein unzweideutiger Beweis dafür, daß jene Zuſammenrechnung der Beſitzzeiten (accessio possessionis) nicht eine Folge iſt der zwiſchen dem Erblaſſer und dem Erben beſtehenden Perſoneneinheit, ſondern auf einer ganz andern Baſis ruht, als welche die Billigkeit ausdrücklich genannt wird[1]). Unterholzner[2]) iſt zweifelhaft, ob die aequitas nicht blos bei dem Singularſucceſſor als Grund der Verbindung des Beſitzes des Auctors mit dem des Nachfolgers anzuſehen ſei, weil die Einheit, welche in vermögensrechtlicher Hinſicht bei dem Erben und dem Erblaſſer angenommen werde, einen ſtrengrechtlichen Rechtfertigungsgrund abzugeben ſcheine. Dieſer Zweifel iſt jedoch ohne Grund, da durch den mit dem Tode des Erblaſſers verlorenen Beſitz, welchen der Erbe erſt von neuem erwerben muß, die Uſucapion nach ſtrengem Recht unterbrochen iſt. Daß der Uebergang des Uſucapionsbeſitzes des Erblaſſers auf den Erben aus der Natur der Erbfolge nicht erklärt werden kann, beweiſet auch ſchon der Ausdruck *quasi*, welcher vielmehr auf etwas Singuläres hindeutet. Die Bedingungen,

1) l. 14. pr. de divers. temp. praesc. (44, 3.) De accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus, consistunt nempe in *solâ aequitate*.

2) Geſ. Verj. Lehre B. 1. §. 132.

Digitized by Google

unter denen der Besitz des Singularnachfolgers mit dem des Auctors zusammengerechnet wird, sind jedoch andere, als die, unter welchen bei der Universalsuccession eine accessio possessionis Statt findet; und dieses könnte als eine Rechtfertigung der Ansicht erscheinen, daß die Zusammenrechnung des Besitzes in beiden Fällen ein verschiedenes Fundament habe. Der besondere Grund dieser Verschiedenheit ist daher noch nachzuweisen, woraus sich ergeben wird, daß die accessio possessionis in beiden Fällen nichts desto weniger eine gemeinsame Grundlage habe, bei dem Erben jedoch durch die Natur der Erbfolge besonders modificirt wird. Bei dem Singularnachfolger bestärken die Bedingungen, an welche die accessio possessionis geknüpft ist, die Regel, daß derselbe einen neuen, in seiner Person corpore et animo zu begründenden Besitz habe. Wenn nämlich der Besitz seines Vorgängers ein fehlerhafter, zur Usucapion nicht geeigneter ist, so kann der Nachfolger [abgesehen von den der Sache selbst inhärirenden Fehlern[1]] in seiner Person einen neuen Usucapionsbesitz anfangen[2], und umgekehrt nützt der Usucapionsbesitz des Auctors dem Nachfolger nur unter der Voraussezung, daß in seiner Person gleichfalls die Bedingungen der Usucapion vorhanden sind[3]; welches beides anders sein müßte, wenn der Besitz des Nachfolgers als eine Fortsetzung des Besitzers des Auctors angesehen werden könnte. Der Besitz des Erben dagegen wird in dieser Beziehung nicht als ein neuer behandelt; daher kann denn der Erbe aus seiner Person einen Usucapionsbesitz nicht anfangen, welcher dem Erblasser wegen dessen mala fides verschlossen war, und umgekehrt setzt der Erbe, wenn er auch in mala fide ist, die Usucapion des Erblassers fort, weil diesem selbst die mala

1) §. 2. 3. J. de usuc. (2, 6.) Unterholzner a. a. O. §. 59.
2) l. 5. de div. temp. praesc. (4, 3.) l. 38 de usurp. (41, 3.)
3) l. 13. §. 13. de acq. vel amit. poss. (41, 2.)

Digitized by Google

fides superveniens nach römiſchem Rechte nicht ſchadete [1]). Der Grund hiervon liegt nach dem Zeugniſſe unſerer Quellen in der durch die Erbfolge begründeten Perſoneneinheit zwiſchen dem Erblaſſer und dem Erben:

l. 11. de divers. temp. praesc. (44, 3.)
Cum heres in omne jus defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit: veluti cum sciens alienum, vel precario possedit. Quamvis enim precarium heredem ignorantem non teneat, nec interdicto recte conveniatur, tamen usucapere non poterit, quod defunctus non potuit [2]).

Der Erbe tritt nämlich in alle Rechtsverhältniſſe des Verſtorbenen, wie ſie für dieſen ſelbſt begründet waren; wenn nun der Erbe in ſeiner Perſon eine Uſucapion anfangen könnte, welche dem Verſtorbenen wegen ſeiner mala fides verſchloſſen war, ſo hätte er mehr Rechte, als der Erblaſſer ſelbſt, was aber widerſprechend ſein würde. Daher iſt es denn nothwendig, daß die Fehler des Beſitzes des Erblaſſers auch dem Erben, wenngleich er in bona fide iſt, ſchaden müſſen. Wenn daher aus Gründen der Billigkeit eine accessio possessionis überhaupt ſtatthaft ſein ſollte, ſo müßte dieſelbe auf die angegebene Weiſe bei der Univerſalſucceſſion modificirt werden.

Die Regel, daß der Beſitz durch die Antretung der Erbſchaft allein auf den Erben nicht übergehe, iſt ſelbſt für den *suus heres* einem begründeten Zweifel nicht unterworfen [3]). Die entgegenſtehende Anſicht der Gloſſe [4]), welcher ſowohl

1) l. 2. §. 19. pro emt. (41, 4) l. 43. pr. de usurp. (41, 3.) §. 12. J. de usuc. (2, 6.)

2) l. 4. §. 15. de usurp. (41, 3.)

3) von Savigny Beſitz §. 28. S. 376. 377.

4) ſ. Seite 110 Note 2. und gl. ad l. 11. de lib. et postum. hered. inst. (28, 2.) verb. *quodammodo*: Etiam et possessionem habere, ut inf. pro herede l. 2. §. filium.

Digitized by Google

von den nächsten Nachfolgern der Glossatoren [1]), als den spätern Juristen [2]) beinahe einstimmig widersprochen wird, kann nicht bewiesen werden. Dagegen läßt sich, abgesehen davon, daß in der Natur der Erbfolge des suus eine Ausnahme nicht begründet ist, für die Ansicht, daß auch auf ihn der Besitz nicht ipso jure übergehe, ein Argument aus Gaj. II. §. 52. entnehmen. Es soll nämlich nach dieser Stelle die alte usucapio pro herede so lange zulässig sein, als der Erbe den Besitz noch nicht erworben hat; nach II. §. 58. und III. §. 201. schließt aber die Existenz eines suus jene usucapio nicht aus, woraus also folgt, daß der Besitz auf denselben nicht ipso jure übergehet, weil sonst eine usucapio pro herede dem suus gegenüber gar nicht möglich gewesen wäre.

Es fragt sich nun, ob unsere Rechtsquellen bei dieser zu Gunsten der Usucapion gemachten Ausnahme stehen geblieben sind, oder auch in anderer Beziehung den Besitz des Erblassers dem Erben haben zu Gute kommen lassen. Der letzte Theil der Frage ist in gewisser Hinsicht zu bejahen, jedoch muß dabei zugleich bemerkt werden, daß der Singularnachfolger auch hier wieder denselben Vortheil genießt.

Bei denjenigen Interdicten nämlich, zu deren Begründung ein bestimmtes Maas oder eine bestimmte Zeit der Ausübung oder beides zugleich erfordert wird, kommt der Besitz des Vorgängers auch dem Nachfolger zu Gute:

1) Vor Justinian siegte bei dem *interd. utrubi* derjenige, welcher im letzten Jahre die längste Zeit hindurch seinem Gegner gegenüber einen fehlerfreien Besitz ausgeübt hatte, wobei dem Universal- und Singularsuccessor der Besitz des Vorgängers zugerechnet wurde [3]). Seit der spätern

1) Bartol. ad l. 11. cit. und Bald. ad l. fin. C. de ed. D. Hadr. toll.

2) Tiraquell. l. c. p. 1. decl. 3. n 6. ibiq. citt. Gail. II. obs. 129. n. 2. 3. ibiq. citt.

3) Gaj. IV. §. 150. 151.

Digitized by Google

Gleichstellung des interd. utrubi mit dem interd. uti possidetis in dieser Beziehung[1]) kann von einer accessio possessionis nicht mehr die Rede sein.

2) Ein anderes Interdict, zu dessen Begründung (neben den übrigen Erfordernissen) der Besitz allein nicht hinreicht, ist das *interd. de itinere actuque privato*; es muß nämlich die Wegegerechtigkeit im letzten Jahre an 30 verschiedenen Tagen ausgeübt worden sein. Die Ausübung des Vorgängers kommt auch hier dem Universal- und Singularnachfolger zu Statten.

3) Auf gleiche Weise wird bei dem *interd. de aqua quotidiana et aestiva*, zu dessen Begründung es nöthig ist, daß die Wasserleitung im letztverflossenen Jahre, oder wenn sie nur im Sommer oder nur im Winter gebraucht wird, in den letzten anderthalb Jahren in gutem Glauben ausgeübt sei, der Besitz des Vorgängers dem Nachfolger zugerechnet[2]).

4) Dasselbe ist auch bei dem auf gleicher Voraussetzung beruhenden *interd. de fonte* der Fall[3]).

Da der Besitz des Vorgängers bei diesen Interdicten nicht blos dem Erben, sondern auch dem Singularnachfolger zu Statten kommt, so kann der Grund hiervon nicht in der durch die Erbfolge bewirkten Repräsentation gesucht werden.

Neuerdings ist nur die Behauptung aufgestellt[4]), daß die l. 23. de acq. vel amit. poss. von dem Naturalbesitze, die l. 30. pr. ex quib. caus. maj. dagegen von dem Besitze im rechtlichen Sinne zu verstehen sei, daß man daher in Ansehung dieses einen Uebergang auf den Erben, auch ohne körperliche Apprehension, annehmen, in Ansehung jenes aber

1) §. 4. J. de interd. (4, 15.) T. D. de utrubi (43, 31.)
2) l. 28. §. 29. §. 37. de aq. quot. et aestiv. (43, 20.)
3) l. 1. §. 3. de fonte (43, 22.)
4) Pfeiffer prakt. Ausf. Th. 1. N. 15.

Digitized by Google

eine solche Apprehension erfordern müsse[1]). In welchem Verhältnisse beide Stellen zu einander stehen, ist oben hinreichend erläutert; es mag hier nur noch die Bemerkung einen Platz finden, daß eine solche Trennung des juristischen Besitzes, als eines selbstständigen Rechtes, von der Detention der Natur des Besitzes überhaupt deshalb widerstreitet, weil der juristische Besitz die Detention zur nothwendigen Grundlage hat; wobei es aber gleichgültig ist, ob sie der juristische Besitzer selbst hat, oder für ihn und in seinem Namen ein Anderer, wie der Pachter für den Verpachter. Die Unstatthaftigkeit dieser Trennung des juristischen und factischen Elementes des Besitzes ergiebt sich aus den klarsten Zeugnissen unserer Rechtsquellen. Was nämlich den Interdictenbesitz anbelangt, so enthält die oben abgedruckte l. 30. §. 5. de acq. vel amit poss. die Bestimmung, daß der durch den Pachter für den Verpachter ausgeübte Besitz auf den Erben des letztern nur durch Ergreifung übergehe. Daß hier nicht die Detention gemeint sein kann, versteht sich von selbst; es ist nämlich davon die Rede, daß zur Erwerbung des Besitzes, wie ihn der Erblasser hatte, von Seiten des Erben eine Apprehension nöthig sei; der Erblasser hatte aber nur den juristischen Besitz, die possessio ad interdicta, während die Detention vom Pachter ausgeübt wurde. Jene Stelle sagt daher ganz einfach, daß der Erbe die possessio ad interdicta nur erst durch Ergreifung des Besitzes der einzelnen Sachen erwerbe. Zur Bestätigung dieses Satzes läßt sich auch noch das Zeugniß des Gaj. IV. §. 151. anführen: At in utrubi interdicto non solum sua cuique possessio prodest, sed etiam alterius, quam justum est ei accedere, veluti ejus, cujus heres exstiterit, ejusque a quo emerit; itaque si *nostrae* possessioni juncta alterius justa

1) Dieses scheint auch Averani's (interpret. lib. IV. c. 22. §. 17.) Ansicht zu seyn.

Digitized by Google

possessio exsuperat adversarii possessionem, nos eo interdicto vincimus; nullam autem propriam possessionem habenti accessio temporis nec datur, nec dari potest, nam ei quod nullum est, nihil accedere potest. Hiernach ſoll alſo der Nachfolger, gleichviel ob er Univerſal- oder Singularſucceſſor iſt, auf Zurechnung des Beſitzes des Vorgängers nur dann Anſpruch haben, wenn er ſelbſt den Beſitz erworben, alſo durch die vorgenommene Apprehenſion auch in ſeiner Perſon einen Interdictenbeſitz begründet hat. Wollte man aber dagegen annehmen, daß der Erbe ſchon durch Antretung der Erbſchaft den juriſtiſchen Beſitz erwürbe, ſo würde bei ihm immer eine propria possessio vorhanden ſein, alſo eine Zuſammenrechnung dieſes ſeines eignen Beſitzes mit dem des Erblaſſers zum Zweck des interd. utrubi ſtets Statt gefunden haben. Dieſer aus der Natur der Sache abgeleitete Satz, daß bei dem Univerſal- wie bei dem Singularſucceſſor von einer *accessio* possessionis nur unter der Vorausſetzung die Rede ſein könne, wenn ſie ſelbſt ihrerſeits den Beſitz erworben hätten, iſt auch in der l. 16. de div. temp. praescrip. (44, 3.) allgemein ausgeſprochen: Accessio sine nostro tempore nobis prodesse non potest [1]). Daher kommt auch die vom Erblaſſer begonnene und vor der Beſitzergreifung des Erben, während hereditas jacens war, vollendete Uſucapion, demſelben nicht zu Statten, wenn ein Dritter vor ihm, wenngleich die Uſucapionszeit ſchon abgelaufen iſt, den Beſitz der Sache erwirbt [2]). Aber auch für

1) Dagegen kann der Erbe, wie der Singularſucceſſor, ohne ſelbſt ſeinerſeits den Beſitz erworben zu haben, durch den nur von dem Vorgänger ausgeübten Beſitz ein Interdict begründen, welches dann aber ein interd. adipiscendae possessionis iſt. Von dem interd. de itinere actuque privato wird dieſes in l. 2. §. 3. de interd. (43, 1.) ausdrücklich geſagt; daſſelbe muß aber auch gleichmäßig von dem interd. de aqua quot. et aest. und dem interd. de fonte gelten.

2) l. 13. §. 4. de acq. vel amit. poss. (41, 2.) Unterholzner a. a. O. §. 133.

Digitized by Google

den Uſucapionsbeſitz iſt, abgeſehen von der bei dem Erben vorkommenden Ausnahme, die Unzuläſſigkeit der Zerlegung des Beſitzes in ſeinen factiſchen und rechtlichen Beſtandtheil nicht zu bezweifeln. Der Freigeborene nämlich, welcher durch Kriegsgefangenſchaft zu einem Servus geworden iſt, wird durch Rückkehr aus derſelben in ſeine frühern Rechte (postliminio) wieder eingeſetzt [1]). Der verlorne Beſitz wird ihm aber nicht reſtituirt [2]); daher kann auch die früher angefangene, durch die Kriegsgefangenſchaft aber unterbrochene Uſucapion nach der Rückkehr nicht fortlaufen, ſondern es beginnt von dem Augenblicke der neuen Beſitzergreifung eine neue Uſucapion:

l. 19. ex quib. caus. maj. (4, 6.)

Denique si emtor prius, quam per usum sibi acquireret, ab hostibus captus sit, placet interruptam possessionem postliminio non restitui, *quia haec sine possessione non consistit*, possessio autem plurimum facti habet, causa facti non continetur postliminio.

l. 23. §. 1. eod.

Is autem, qui apud hostes est, nihil per usum sibi acquirere potest, nec coeptam usucapionem poterit implere, dum est apud hostes. *Hoc amplius nec postliminio reversus recuperabit per usum dominii acquisitionem* [3]).

Warum ſollte man aber, neben den übrigen Rechten, nicht auch die durch die Kriegsgefangenſchaft unterbrochene Uſucapion ein Poſtliminium begriffen, und blos die Detention davon ausgeſchloſſen haben, wenn nicht eine ſolche Unterſcheidung der Natur des Beſitzes geradezu widerſtrebt hätte?

Aber ſelbſt bei der durch die hereditas jacens fortgeſetzten Uſucapion, worin eine vollſtändige Trennung des

1) T. D. de captiv. et postlim. (49, 15.)

2) l. 23. §. 1. de acq. vel amit. poss. (41, 2.)

3) Unterholzner a. a. O. Th. 1. §. 155.

Digitized by Google

rechtlichen Elementes des Besitzes von dem factischen enthalten zu sein scheint, geht diese ganz singuläre Ausnahme nicht weiter, als das praktische Bedürfniß, welches sie in's Leben rief. Daher wird die Usucapion durch die hereditas jacens nur einstweilen fortgesetzt, erhält aber erst durch den Besitzerwerb des Erben ihre nothwendige Basis. Wenn man sich nämlich die Usucapion als ein selbstständiges Recht, getrennt von der Detention, gedacht hätte, so ist nicht einzusehen, wie es dem Erben schaden könne, wenn nach der Vollendung derselben, jedoch ehe er den Besitz erworben, ein Dritter denselben erlangt hatte. Nach l. 13. §. 4. de acq. vel amit. poss. kommt aber in diesem Falle die Usucapian dem Erben nicht zu Statten. Der Besitzerwerb desselben ist daher eine nothwendige Bedingung, durch welche die der Zeit nach vollendete Usucapion rückwärts bekräftigt wird.

Als Grund für seine Behauptung führt Pfeiffer, nach dem Vorgange mehrerer von ihm citirten Juristen, noch weiter an, daß dem Erben sofort nach der Antretung der Erbschaft, noch vor der wirklichen Besitzergreifung, die possessorischen Rechtsmittel, und namentlich die remedia *recuperandae* possessionis zuständen, welche doch nur auf einen von der Person des Verstorbenen abgeleiteten Besitz gegründet werden könnten. Es ist einleuchtend, daß bei dieser Argumentation das als bewiesen vorausgesetzt wird, was gerade einen Theil des Beweisthemas ausmacht. So gewiß es nun ist, daß, wenn ein Interdict durch die schon bei Lebzeiten des Besitzers vorgekommene Besitzstörung begründet war, das Recht der Klage auf den Erben übergehe, eben so gewiß ist es, daß wegen der nach dem Tode des Erblassers vorgenommenen Besitzstörungen, dem Erben die gewöhnlichen possessorischen Interdicte nur dann zustehen, wenn er selbst den Besitz durch Apprehension bereits erworben hatte. Dieser durch die oben erklärte l. 30. §. 5. de acq. vel amit. poss. bewiesene Satz wird durch folgende Betrachtung noch

Digitized by Google

feſter begründet. Da die hereditas jacens keinen Beſitz hat, ſo kann an den einzelnen in denſelben befindlichen Sachen auch keine Beſitzſtörung vorgenommen, und der Erbſchaft daher auch kein poſſeſſoriſches Interdict erworben werden. Daher war es nöthig, wenn der Erbe nach der Antretung der Erbſchaft nicht auf die ihm zuſtehenden petitoriſchen Klagen beſchränkt bleiben ſollte, daß man demſelben für dieſen Fall durch andere poſſeſſoriſche Rechtsmittel als die gewöhnlichen zu Hülfe kam. Die Gewährung ſolcher Rechtsmittel beweiſet aber, daß diejenigen Interdicte, welche durch einen frühern oder gegenwärtigen Beſitz bedingt ſind, dem Erben, vor der Beſitzergreifung, nicht gegeben werden können. Dieſes zeigt ſich beſonders bei dem interd. quorum bonorum. Da die dem Erben ſtatt der nicht anwendbaren furti actio gegebene accusatio expilatae hereditatis für den Fall nicht zuläſſig war, wenn ein Legatar ſich eigenmächtig in den Beſitz des Legates geſetzt hatte, ſo wurde hier durch das interd. quor. bonorum ausgeholfen. Dieſes Interdict iſt *adipiscendae* possessionis [1]), und fällt daher erſt dann weg, wenn der Legatar, wenn der Erbe bereits den Beſitz erworben hat, die legirte Sache zu ſich nimmt [2]). Wollte man dagegen annehmen, daß der Beſitz mit der Antretung auf den Erben übergehe, ſo würde derſelbe durch das alte interd. utrubi hinreichend geſchützt und daher auch kein Grund vorhanden geweſen ſein, ihm überdies noch das interd. quor. bonorum für dieſen beſondern Fall zu gewähren [3]).

1) l. 1. §. 1. quod legator. (43, 3.)

2) Archiv für civ. Pr Bd. 8 S. 157. 158.

3) Dieſe Anſicht, daß die gewöhnlichen interd. retin. et recup. possess. dem Erben vor der Beſitzergreifung nicht zuſtehen, wird ſchon von Gail II. obs. 129. vertheidigt, deſſen Worte hier um ſo mehr einen Platz finden mögen, als derſelbe wegen einer Aeuſſerung in lib. II. obs. 152. n. 11. für die entgegenſtehende Anſicht angeführt wird. — Possessio cum defuncto desinit, quia mors omnia solvit; ergo possessio, quae in rerum natura non est, in filium continuari non potest.

Digitized by Google

Das Vorſtehende liefert, was die poſſeſſoriſchen Rechtsmittel des Erben anbelangt, folgendes Reſultat:

1) Wenn ſchon bei Lebzeiten des Beſitzers das Interdict begründet war, ſo geht daſſelbe, wie in der Regel jede Klage, auf den Erben über.

2) Iſt dagegen nach dem Tode des bisherigen Beſitzers, jedoch vor der Beſitzergreifung des Erben,

a) eine Beſitzſtörung vorgekommen, die Sache aber noch in Niemandes Beſitz, ſo daß der Erbe denſelben zu jeder Zeit ergreifen kann, ſo findet das interd. utrubi oder uti possidetis nicht Statt. Das verſteht ſich aber von ſelbſt, daß die auf Entſchädigung gerichteten Klagen wegen des bei Gelegenheit der Beſitzſtörung zugefügten Schadens zuläſſig ſind, z. B. die legis Aquiliae actio [1]).

b) Iſt dagegen an den zur hereditas jacens gehörenden Sachen der Beſitz von einem Dritten erworben, ſo findet das interdictum de vi gleichfalls nicht Statt; der Erbe iſt aber hier durch das interd. quorum bonorum gegen den, der pro herede oder pro possessore beſitzt, und das interd. quod legatorum gegen den Legatar gedeckt.

Hinc est, quod non aliter nisi corpore ac animo acquiratur. — Aditio vero non tam facti, quam animi est, adeoque in nuda voluntate adeuntis consistit. Praedicta usque adeo vera sunt, ut etiam apprehensa possessione unius rei hereditariae, ceterarum rerum ejusdem hereditatis non sit apprehensa possessio. — Non sequitur ergo: sum heres, adii hereditatem, gessi me pro herede, ergo possideo hereditatem, vel res hereditarias, quia, ut dixi, facto opus est, sive apprehensione, nam possessio ad heredes non transit. Ita in Camera saepius judicatum. *Et ideo non possum contra possidentem aliquo interdicto retinendae vel recuperandae possessionis* experiri, sed petitorio judicio agendum erit. — Quod est singulariter notandum, quia plerumque juniores advocati in ea re valde caecutiunt. Nemo potest retinere quod non habuit, sicut nec perdere quod nunquam possedit.

1) l. 43. ad. leg. Aquil. (9, 1.)

Digitized by Google

Da nun aber ein curator hereditatis jacentis als Repräſentant des Beſitzes für die Erbſchaft gilt [1]), ſo iſt in dieſem Falle eine vacua possessio in der That nicht vorhanden, und daher ſtehen demſelben die gewöhnlichen poſſeſſoriſchen Interdicte zu; dieſe hat auch jeder Dritte, welcher an den zu der Erbſchaft gehörenden Sachen einen eignen Beſitz erworben hat. Dieſer Dritte muß aber, wenn er mit der Erbſchaftsklage belangt wird, als juris possessor, ſein Klagrecht dem Erben abtreten [2]), welcher auf dieſe Weiſe die poſſeſſoriſchen Interdicte erlangen kann.

Wenn wir nun dieſe Grundſätze auf Lehengüter anwenden und fragen, auf wen der Beſitz derſelben nach dem Tode des bisher im Beſitz geweſenen Vaſallen übergehe, auf deſſen Allodialerben, oder auf den Lehensfolger, ſo ergibt ſich, daß der Beſitz, ſo lange er durch neue Apprehenſion nicht erworben iſt, weder dem einen, noch dem andern zuſtehe. Zwar iſt Baldus [3]) mit Beziehung auf die Gloſſe zu II. F. 1. §. ult. [4]) und mit Andern [5]) der Anſicht, daß der Beſitz ipso jure auf den Lehensfolger übergehe; dagegen bemerkt aber Tiraquellus [6]) mit Recht, daß die Gloſſe nur ſoviel ſage, daß der Lehensfolger das Recht am Lehen ipso jure erwerbe, daß dieſelbe aber über den Erwerb des Beſitzes nichts enthalte. Umgekehrt behauptet nun Pfeiffer a. a. O., daß der Beſitz des Lehens, wie der der

1) arg. l. 1. §. 22. l. 2. de acq. vel amit. poss. (41, 2.) arg. l. 7. §. 3. ad exhib. (10, 4.)

2) l. 16. §. 4. l. 40. §. 2. de hered. petit. (5, 3.)

3) in l. 19. C. de jure deliberandi (6, 30.)

4) verb. *aut successione:* istud potest locum habere in coheredibus, sed non in filio, cum patri succedat; nimirum etiam vivente patre dominus intelligitur. — Ex his colligitur, quod filii non acquirunt patri succedendo, sed acquisitum capiunt.

5) bei Tiraquell. l. c. p. 1. decl. 4. n. 2.

6) l. c. n 3.

Digitized by Google

Allodialstücke, auf den Landerben ipso jure übergehe. Der zum Beweise dieser Ansicht von demselben angeführte Text in II. F. 26. §. 1.

> Inter filiam defuncti et agnatos ejus de quodam praedio mota est quaestio, agnatis feudum, filia vero allodium sive libellarium esse asserentibus: super possessione apud quem *manere* debeat, quaerebatur. Responsum est, apud filiam possessionem interim esse collocandam.

berührt unsere Frage überall nicht, sondern bestimmt blos, daß, wenn nach dem Tode des bisherigen Vasallen zwischen den Land- und Lehenserben ein Streit entstehe darüber, ob ein gewisses Grundstück Lehen, oder Allod sey, der Landerbe den Besitz bis zu ausgemachter Sache behalten solle. Diese Entscheidung beruht auf der Regel, daß die Lehensqualität nicht vermuthet werde, der Lehensfolger also erst dann einen Anspruch auf den Besitz jenes Grundstückes habe, wenn dessen Lehensqualität erwiesen ist. Daß der Besitz ipso jure auf die Tochter übergegangen sei, liegt in dem Worte *manere* durchaus nicht. Es sind hier nämlich zwei Fälle möglich: entweder hat der Landerbe den Besitz des Lehens zugleich mit den Allodialstücken ergriffen, dann behält er denselben so lange, bis über die bestrittene Lehensqualität der einzelnen Stücke entschieden ist, oder der Lehenserbe hat nach dem Tode des Vasallen, vor dem Landerben, den Besitz ergriffen, dann kann dieser mittelst der dem Erben überhaupt zustehenden possessorischen Rechtsmittel sich den Besitz verschaffen.

Mit der von Pfeiffer a. a. O. gegebenen Entscheidung des folgenden Falles kann ich mich daher nicht befreunden: Der Obrist von M. hatte bis zu seinem Tode einen Zehnten im Besitze, welchen, nach dessen Ableben, der Major von M. als Lehensfolger verpachtet. Die Allodialerben stellen darauf gegen denselben die Spolienklage an, in Folge welcher der Verklagte verurtheilt wird, diesen Zehnten zu restituiren, weil „die hier angestellte actio spolii allerdings

auf die Erben übergehe und von diesen auch, wenn der Erblasser sich bis zu seinem Tode im Besitze befunden habe, wegen einer alsdann erfolgenden Besitzstörung angestellt werden könne." Aber auch selbst dann, wenn der Besitz auf den Allodialerben ipso jure überginge, würde jene Klage nicht begründet sein, weil das Verpachten eines Zehnten, welchen ein anderer besitzt, als eine Besitzstörung nicht angesehen werden kann. Da nämlich der Besitz des Zehnten in der Perception desselben besteht, so kann dieser Besitz nur durch Verweigerung der Leistung von Seiten des Besitzers des belasteten Grundstücks gestört werden [1]). Die Verpachtung eines Zehnten von Seiten eines Dritten kann daher als eine durch die That ausgesprochene Berühmung eines Anspruchs, nur eine provocatio ex lege diffamari begründen.

Eine andere hier nur beiläufig aufzuwerfende Frage ist aber die, ob nicht die Regel des altdeutschen Erbrechtes: der Todte erbt den Lebendigen, welche für die Lehensfolge noch gilt [2]), eine Ausnahme von den oben entwickelten Grundsätzen des römischen Rechtes bewirke. Es ist dieses jedoch zu leugnen, da jene Regel im heutigen Rechte nur den ipso jure vor sich gehenden Erwerb des Rechts am Lehen bezeichnet, womit, wie Eichhorn a. a. O. Note c. bemerkt, die Vortheile des Innehabens nicht verwechselt werden dürfen [3]).

---

1) Meine Lehre von den Reallasten S. 102. 103.

2) Eichhorn deutsch. P. R. §. 353.

3) Die Behauptung Schilter's exercit. ad P. 15. §. 11. seqq. daß es gemeinrechtliche Gewohnheit des deutschen Rechtes sey, daß wenigstens auf die Intestaterben der Besitz ipso jure übergehe, ist dessen besonderer Vorliebe für das deutsche Recht zu Gute zu halten. Schon lange vor Schilter ist dem Bestehen einer solchen Gewohnheit widersprochen, und nach dem römischen Rechte vom Reichskammergerichte geurtheilt worden. Vergl. Mynsinger cent. 3. obs. 38. Gail II. obs. 129.

Digitized by Google

IV.

Ueber die Nachweisung der Appellationssumme.

Von

Herrn Flach,

Herzogl. Nassau. Oberappellations-Rathe zu Wiesbaden.

Ueber die Nachweisung der Berufungssumme hat Herr Oberappellationsgerichts- und Landgerichtsprocurator Scholz III. zu Wolfenbüttel im zehnten Bande der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß eine Abhandlung geliefert. Gegen die darin gezogenen Schlüsse hat der Herr Geheime Staatsrath Linde in dem darauf folgenden Aufsatze Bedenken vorgetragen, und hierauf ist in dem eilften Bande dieser Zeitschrift eine Erwiederung des Herrn ꝛc. Scholz gefolgt.

Ich habe diese interessanten Eröterungen über einen, für die gerichtliche Praxis wichtigen Gegenstand mit Vergnügen gelesen, und der dem letztern Aufsatze Seite 417 beigefügten Aufforderung, daß ein Dritter diese Streitfrage prüfen möge, entsprechend, erlaube ich mir darüber meine Meinung zu äußern.

Die Art und Weise, wie das Institut der Appellationssumme sich historisch entwickelt hat, ist bereits in Linde's Handbuche ꝛc. §. 79. folg. ausführlich dargestellt worden, und die oben bezeichneten Aufsätze enthalten Alles, was daraus hier irgend von Einwirkung sein kann. Meine von Linde abweichenden Ansichten über die Zweckmäßigkeit dieses Instituts

Digitized by Google

habe ich bereits an einem andern Orte vorgetragen, und zu begründen gesucht[1]). Ich gehe daher sofort zu der Darstellung meiner Ansicht über die eigentliche Streitfrage, nämlich das zum Zwecke der Nachweisung der Appellationssumme einzuhaltende Verfahren über.

Es ist ein von niemand bezweifelter Satz, daß jeder von einer Parthei angegangene Richter vor Allem, ehe er irgend einen weitern Schritt thut, prüfen muß, ob er den von dem Staate ihm bezeichneten Gränzen seines Richteramts gemäß zur Vornahme der Handlungen, wozu er aufgefordert wird, befugt ist.

Findet der mit einer Klage angegangene Richter seine Competenz, den von dem Kläger in Antrag gebrachten Ausspruch (dessen gleichmäßige materielle Begründung, wovon hier nicht die Rede ist, vorausgesetzt) gegen den bezeichneten Beklagten zu erlassen, unter Voraussetzung der Wahrheit der von dem Kläger vorgetragenen Thatsachen, begründet, so theilt er die Klagschrift, unter Androhung der gesetzlichen Rechtstheile, zur Erklärung mit. Diese richterliche Verfügung kann indessen den Beklagten nicht hindern, die Einrede der Incompetenz vorzuschützen, und nicht nur die Wahrheit der von dem Kläger vorgetragenen Thatsachen, sondern auch die Richtigkeit der von ihm aufgestellten Rechtssätze, obgleich der Richter dieselbe bereits stillschweigend gebilligt hat, zu bestreiten. Der Richter verwirft nun die Einrede, wenn er sie unbegründet findet, oder er weis't, wenn er nach vorgängigem Gehör des Klägers sich von ihrer Richtigkeit überzeugt hat, die Klage ab. Sollte die Frage über Competenz auf zweifelhaften, nicht mit dem Beweise in der Hauptsache identischen Thatsachen[2]) beruhen, so wird der Richter die Ausführung

1) In meinen Erläuterungen zum Herzogl. Nassauischen Prozeßgesetze vom 20. April 1822. S. 121 folg.

2) Solcher Fälle gibt es insbesondere bei dem forum contractus, auch nachdem Mühlenbruch durch seine schöne Abhandlung im 19. Bande

Digitized by Google

der von beiden Theilen hierüber vorgebrachten Beweismittel verfügen, und nun darüber erkennen, ob er competent sei oder nicht[1]). Die Parthei, welche sich durch dieses Erkenntniß beschwert findet, muß, wenn sie es nicht unabänderlich werden lassen will, appelliren.

Wendet man nun diese Grundsätze über Begründung der Competenz überhaupt auf das Verfahren bei der Appellation mit den aus diesem Stadium des Prozesses hervorgehenden Modificationen an, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Oberrichter in die Materialien einer ihm vorgebrachten Berufung nicht eher eingehen darf[2]), bis ihn der Appellant von seiner Competenz, welche, insoferne sie nicht weitern, in einzelnen Gesetzgebungen aus der Natur

---

des Archiv's für civil. Praxis den Mißbrauch, welcher von der gesetzlichen Bestimmung hierüber häufig gemacht wurde, beseitigt hat, immer noch viele. Wer würde, wenn z. B. ein Gastwirth in seinem Wohnorte einen Auswärtigen belangt, weil derselbe bei ihm gewohnt und gezehrt habe, und der Beklagte nun die Einrede der Incompetenz vorbringt, weil er nie bei dem Wirthe gewohnt, also auch in dessen Hause nichts verzehrt habe, über die Einrede der Incompetenz von dem Verfahren über die Sache selbst getrennte Beweisverhandlung einleiten wollen?

1) Hier können nur diejenigen Fälle eine Ausnahme machen, wo nach den Gesetzen Prorogation unmöglich war, z. B. Ehescheidungssachen.

2) Die Verschiedenheit der Ansichten der Rechtslehrer darüber, ob die verzögerlichen Einreden bis zu dem ersten Erkenntnisse zur Klarheit gebracht, d. h. liquid sein müssen, wie dieses unter andern von Danz Grundsätze des ordentlichen Prozesses §. 169, wo sich auch die Litteratur hierüber findet, und Linde Lehrbuch des Civilprozesses §. 202. gelehrt wird; oder ob, wie unter andern Martin Lehrbuch §. 147. und 165. behauptet, wenn sie bei Fällung des Beweisinterlocuts nicht klar sind, darüber mit der Beweisauflage in der Hauptsache Beweis auferlegt werden soll, hat meines Erachtens blos ihren Grund darin, daß man die Einrede der Incompetenz von den übrigen dilatorischen Einreden nicht unterschied. Denn niemand kann es wohl verkennen, daß die große Masse der Einreden, welche in den Lehrbüchern über Prozeß, z. B. dem angeführten Danz §. 166, als dilatorische

Digitized by Google

des Streitobjects überhaupt [1]), oder der Art der richterlichen Verfügung [2]) entnommenen Beschränkungen unterliegt, durch die Beobachtung der Fatalien und das Vorhandensein der Appellationssumme bedingt ist, überzeugt hat. Es fragt sich also, wie er die Ueberzeugung des Daseins dieser Letztern erlangen soll?

---

vorgetragen werden, z. B. die exceptio non oder nondum competentis actionis, plus petitionis, paeti de non petendo, retentionis etc. aber im Grunde offenbar peremtorischer Natur sind, indem sie, wenn auch nur die einstweilige, oder theilweise Abweisung der Klage bezweckend, doch gegen den Klagegrund selbst gerichtet sind, zweckmäßig mit dem Klagegrunde und andern auf gänzliche Abweisung der Klage gerichteten Einreden gleichzeitig zum Beweise ausgestellt werden; während der Richter, ehe er von seiner Competenz überzeugt ist, in das Materielle des Streitgegenstandes nicht eingehen darf, und es zugleich gewiß jedermann als höchst unzweckmäßig einleuchten wird, wenn ein Richter nach einem zeitraubenden und kostspieligen Verfahren über Klagegrund und Einreden sich am Ende für incompetent erklären wollte.

Sehr zweckmäßig verordnet in dieser Beziehung das Herzogl. Nassau. Prozeßgesetz von 1822 §. 10. „Beruht die Einrede der Incompetenz auf zweifelhaften Thatumständen, so soll unter Mittheilung der Einwendungsschrift an den Kläger beiden Theilen ein Termin zur protocollarischen und summarischen Verhandlung angesetzt werden. — Würde die Einrede der Incompetenz darin nicht bis zur Entscheidung vorbereitet, so müßte darüber bis zum Urtheil summarisch verfahren werden, gegen welches in appellabeln Fällen Appellation gestattet ist, wogegen aber, wenn sie jetzt nicht ergriffen wird, keine Beschwerde mit der Berufung wider das Endurtheil verbunden werden kann, es sey denn, daß eine Prorogation der Gerichtsbarkeit durch das Verfahren nicht möglich war."

1) Auch das angeführte Nassauische Gesetz gestattet §. 99. in gewissen Fällen keine Appellation zur dritten Instanz.

2) Meine Ueberzeugung von der Weisheit der Legislationen, welche, wie die des Herzogthums Nassau, die Appellation gegen alle Decrete und Zwischenbescheide untersagen, gegen das Beweisinterlocut sie zwar gestatten, jedoch so, daß es nie eine Rechtskraft beschreitet, habe ich in meinem angeführten Werke S. 115 folgende ausgesprochen, und zu begründen gesucht.

Digitized by Google

Bringt der Appellant Reverentialapostel bei, durch deren Ausstellung 1) der Unterrichter ein Zeugniß darüber gegeben hat, daß die Appellationssumme vorhanden sei, so wird der Oberrichter ohne Anstand Compulsorialien erlassen. Findet derselbe aber demnächst bei Prüfung der Verhandlungen, daß der Unterrichter sich geirrt hat, und es klar ist, daß die ganze ursprüngliche Streitsumme den Werth der Appellationssumme nicht erreicht; oder aber, daß zwar die summa in litem deducta (welche für den Unterrichter, welcher nicht weiß, worin der Apellant seine Beschwerde suchen wird, bei Ausstellung der Apostoln allein Maasstab sein kann,) die Appellationssumme enthält, die summa gravaminis d. h. das Ver-

---

3) Die Apostoln sind, nachdem die Reichsgesetzgebung (Kammergerichtsordnung von 1555 Th. 2. Tit. 30. §. 1.) sie längst für kein nothwendiges Formale der Appellation erklärt hat, weiter nichts, als die Erklärung des Unterrichters, ob er durch die gemachte Appellationsanzeige seine Jurisdiction nach den Gesetzen für suspendirt erachte, oder nicht.

Ich kann in der That nicht begreifen, warum diese, meines Erachtens durchaus nothwendige Einrichtung so manchmal getadelt wird. Freilich soll und kann der Unterrichter kein entscheidendes Urtheil darüber haben, ob eine angezeigte Appellation statthaft sei, oder nicht. Aber so gewiß nicht in allen Sachen und gegen alle Decrete Appellation statthaft ist, und der Unterrichter, ohne sich der Justizverzögerung schuldig zu machen, auf eine unstatthafter Weise angezeigte Appellation nicht einhalten darf, muß er doch den Partheien erklären, ob er auf das Wort „appello" einzuhalten, oder dessen ungeachtet fortzufahren beabsichtigt. Man braucht im Allgemeinen nicht besorgt zu sein, daß ein Unterrichter ohne hinreichenden Grund die Verantwortlichkeit auf sich nehmen wird, in der Sache fortzufahren; sollte es aber dennoch einmal geschehn, so wird der sofort angegangene Oberrichter durch Inhibitorialien bald Ordnung herzustellen wissen. Ich wenigstens habe schon sehr viele Fälle gefunden, wo ohne zureichenden Grund den Appellationen deferirt worden war, aber noch sehr wenige, wo der Appellation unrichtiger Weise nicht stattgegeben worden war. Das hiesige Oberappellationsgericht hat sich darum veranlaßt gefunden, die Weisung zu erlassen, deren ich S. 140 meines angeführten Werks erwähnt habe, und ich wiederhole die Versicherung, daß sie sich in der Praxis bewährt hat.

Digitized by Google

hältniß der sententia a qua zu der bestrittenen summa petitionis aber dahinter zurück bleibt, so wird er auch nach eingeforderten Acten die Appellation als nicht zur Entscheidung erwachsen zurückweisen.

Sollte aber das Resultat dieser Prüfung dahin führen, daß es zweifelhaft erscheint, ob die Appellationssumme vorhanden sei, oder nicht, so wird er den Appellanten unter Bestimmung einer Frist auffordern, deren Dasein nachzuweisen. Diesen Beweis des Daseins der Appellationssumme muß der Appellant schon in dem Appellationslibelle dann unfehlbar antreten, wenn der Unterrichter der erhobenen Appellation wegen nicht vorhandener, oder doch in den Acten nicht nachgewiesener Appellationssumme nicht stattgegeben hat. Wie er diesen Beweis liefern will, ist seine Sache, und von der getroffenen Wahl des Beweismittels ist die Verfügung abhängig, welche der Oberrichter zu treffen hat. Bringt der Appellant legale Zeugnisse der inländischen Ortsbehörden, wodurch der die Appellationssumme erreichende Werth der in Streit befangenen Immobilien bescheinigt, oder worin bezeugt wird, daß das Sein oder Nichtsein der streitigen Dienstbarkeit einen den Betrag der Appellationssumme erreichenden Werth für des Appellanten [1]) Immobile habe; legt er ein über die streitige Erbschaft von einer inländischen Behörde aufgenommenes Inventar vor, woraus der die Appellationssumme erreichende Werth der streitigen Erbschaft hervorgeht, so ist die Sache wohl in Ordnung, und der Oberrichter erkennt, was er in der Sache selbst den Acten gemäß findet. Sollte in einem solchen Falle etwas an der erforderlichen Form, z. B. der Beglaubigung der vorgelegten Urkunde, fehlen, so steht wohl im Allgemeinen nichts entgegen, daß er die Beseitigung dieses Mangels anordnet.

1) Vergl. meine Erläuterungen ꝛc. S. 129.

Digitized by Google

Jedenfalls muß er bei dieser Prüfung auf das strengste zu Werke gehn, und es darf über das Dasein der Appellationssumme auch nicht der leiseste Zweifel vorliegen, wenn er ohne vorheriges Gehör des Appellaten eine reformatoria brevi manu zu erlassen beabsichtigt; denn darin stimme ich Linde ganz bei, daß ein solches Erkenntniß, als von dem incompetenten Richter erlassen, demnächst mit der Nichtigkeitsklage angegriffen werden könne, wenn gezeigt wird, daß die Appellationssumme nicht vorhanden war [1]).

Wie aber, wenn Documente auswärtiger Behörden, vielleicht in fremder Sprache geschrieben, über den Werth der ganz oder zum Theile im Auslande befindlichen Streitgegenstände vorgelegt werden; wie wenn es sich um den Werth eines Gemäldes, eines Juwels und ähnlicher Dinge handelt, welcher nur durch Sachverständige beurtheilt werden kann, und deren nun in dem Appellationslibelle vorgeschlagen werden; was soll dann der Richter thun? Zurückweisen darf er einen solchen Beweisantritt offenbar nicht. Gleichwie der Richter erster Instanz, wenn nach dem Vorbringen des Klägers seine Competenz gegründet wäre, die Verhandlungen durch Mittheilung der Klage einleiten muß, so muß der Appellationsrichter zur Ausführung der von dem Appellanten zur Nachweise seiner durch das Dasein einer gewissen summa gravaminis bedingten Competenz beigebrachten Be-

1) Die Ansicht von Grolman's in der Theorie ꝛc. §. 218. Note *) S. 354, daß auch dann das Erkenntniß des Appellationsrichters wegen Mangels der Summe als nichtig angefochten werden könne, wenn der erschienene Appellat eine darauf gegründete foridelinatorische Einrede nicht vorgeschützt habe, hat Linde unerörtert gelassen. Mir scheint diese mit v. Grolman's jedenfalls nach den Bestimmungen des jüngsten Reichsabschieds über versäumte Einreden gewiß nicht richtiger Ansicht der Nullität einer sententia contra rem judicatam zusammenhängende Behauptung nach den Grundsätzen der prorogatio fori sehr bedenklich. Ich kann den Mißverstand, welchen er in seiner neuesten Ausgabe hier dem ꝛc. v. Allmendingen vorwirft, nicht finden.

Digitized by Google

weismittel, wenn anders möglicher Weise dieser Beweis dadurch erbracht werden kann, schreiten. Sollte er aber mit dem Appellanten allein die Aechtheit der vorgebrachten Urkunden untersuchen, die vorgeschlagenen Sachverständigen vernehmen dürfen? Gewiß nicht. Ungeladen darf freilich der Appellat zum Zwecke der Nachweise fehlender Appellationssumme vor dem höhern Richter nicht auftreten, aber der Richter darf auch nicht den allgemeinen Regeln alles prozessualischen Verfahrens zuwider hinter dem Rücken eines streitenden Theils mit dem andern prozessualische Handlungen vornehmen, sey es zu welchem Zwecke es wolle.

Der von Scholz Seite 421 angeführte Satz, legitimatio fit judici beweist zu viel, denn es ist bekannt, quod omnis probatio fit judici; er beweist also gar nichts. Nach meiner Ueberzeugung muß daher der Richter in solchen Fällen den Appellationslibell dem Appellaten in der Hauptsache vorläufig zur Nachricht mittheilen, ihm aufgeben, sich über die in Bezug auf Appellationssumme vorgebrachten Beweismittel zu erklären, wobei es ihm Gegenbeweismittel zu bringen offenbar unbenommen ist, und dann dasjenige Verfahren einleiten, was den gesetzlichen Vorschriften bei Ausführung der vorgebrachten Beweismittel gemäß ist. Es tritt hier wie bei der exceptio fori incompetentis in erster Instanz ohne vorheriges Interlocut ein Beweisverfahren ein.

Diesen Principien entspricht ganz das von Scholz Seite 425 referirte Verfahren des Oberappellationsgerichts zu W. Der Richter als solcher hat keine Kenntniß, welchen Werth so und so viele Nächte Schafpferch haben. Aus welchem der mancherlei Werke über Landwirthschaft soll er aber die ihm mangelnde Wissenschaft schöpfen, welches ist hinlängliche Autorität, um dem Richter als Entscheidungsnorm über einen Gegenstand zu dienen, der ihm als solchem unbekannt ist? Meiner Ueberzeugung nach keines, sondern Experte müssen über diese dem Richter unbekannten Verhältnisse entschei-

Digitized by Google

lationsfatalien widerspricht, muß gegen diese Behauptung billiges Bedenken erregen. Erwägt man aber nun, daß es hier sich nicht von einer ohne vorheriges Gehör des Gegners abgewiesenen Klage handelt, sondern daß bereits Verhandlungen stattgefunden haben, und eine Sentenz von dem Unterrichter ergangen ist, deren Rechtskraft blos durch die eingelegte Appellation suspendirt ist; daß daher eine der Rechtskraft überhaupt fähige Sentenz dieselbe sofort beschreitet, sobald der Oberrichter die Appellation, einerlei aus welchen Gründen, verwirft, insoferne dieselbe nicht durch eine weitere Appellation an die dritte Instanz, wo deren Bedingungen vorhanden sind, suspendirt wird; so muß diese Ansicht, welche übrigens auch von keinem der angeführten Rechtslehrer aufgestellt worden ist, wohl irrig erscheinen. Ich wenigstens bin der Meinung, daß eine solche bessere Nachweisung der Appellationssumme vor demselben Gerichte nach Verwerfung der Appellation nur im Wege eines Restitutonsverfahrens, wo dazu hinlängliche Gründe vorhanden sind, geschehn kann. Diesen Grundsatz hat das hiesige Oberappellationsgericht in seinem Relevanzbescheide vom 7. September 1837 in Sachen Reitz gegen Rheinberger befolgt.

Digitized by Google

V.

Besondere Klage wegen nicht stipulirter Zinsen.

Von dem

Herrn Obergerichtsanwalt Rath Emmerich zu Hanau.

Es ist eine bekannte Regel, daß nicht ausbedungene Zinsen [1]) nach Bezahlung der Hauptschuld oder erfolgter Verurtheilung hierzu, nicht mit einer besondern Klage eingefordert werden können. *Pretii sorte, licet post moram soluta,* usurae peti non possunt, cum hae non sint in obligatione, sed officio judicis praestentur [2]). In bonae fidei judiciis, quale est negotiorum etiam gestorum, usurarum rationem haberi, certum est. Sed si *finitum* est *judicium sententia,* quam vis minoris condemnatio facta est, non adjectis usuris, nec provocatio secuta est, finita retractanda non sunt; nec ejus temporis, quod post rem judicatam fluxerit, usurae ullo jure postulantur, nisi ex causa judicati [3]). Sed si cum depositi actione expertus es, *tantummodo sortis facta condemnatio est,* ultra non potes propter usuras experiri. Non enim duae sunt actiones, alia sortis, alia usurarum, sed una, ex qua *condemnatione facta, iterata actio* rei judicatae exceptione repellitur [4]).

Diese Regel — welche man übrigens mit Unrecht ganz allgemein dahin faßt: daß Zinsen, welche nicht in einer Willenshandlung ihren Grund haben, nur mit einer andern

1) Bei stipulirten Zinsen verhält es sich bekanntlich anders. l. 1. C. de judic. (3, 1.)

2) l. 49. §. 1. D. de a. e. v. (19, 1.)

3) l. 13. C. de usur. (4, 32.)

4) l. 4. C. depos. (4, 34.) cf. l. 26. pr. C. de usur. (4, 32.)

Digitized by Google

Hauptklage gefordert werden können [1]), während eine ganz beſtimmte Stelle allgemein ſagt: si in judicio actum sit, *usuraeque solae petitae sint* — und: eadem erunt, et si quis ex *bonae fidei judicio* velit *usuras tantum* persequi etc. [2]) — dieſe Regel leidet eine bisher oft überſehene Ausnahme in dem Falle, wenn gegen das, der Zinſen nicht erwähnende, Urtheil von dem Verurtheilten Appellation eingelegt und dadurch die Zahlung des Judikats lange aufgehalten wurde. — In dieſem Falle ſoll der Sieger, wenn nicht der Appellationsrichter — wie ihm bei einer offenbar frivolen Appellation (si frustratoriam morandi causa appellationem interpositam animadverteret) obliegt [3]), von ſelbſt den Appellanten zur Bezahlung der Zinſen der Zwiſchenzeit, von der Entſcheidung erſter Inſtanz bis zum Appellationserkenntniß, verurtheilt, eine actio utilis zur Einforderung dieſer Zinſen der Zwiſchenzeit haben.

Negotiorum gestorum condemnatus appellavit, et diu negotium tractum est: quaesitum est, appellatione injusta pronuntiata, an, quo tardius judicatum sit, usurae pecuniae in condemnatam deductae, medii temporis debeantur? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, dandam utilem actionem [4]).

Negotiorum gestor, vel tutor, vel curator, bona fide condemnati appellaverunt, et diu negotium tractum est. Quaesitum est, appellatione eorum injusta pronuntiata, an quia tardius judicatum sit, usurae principalis pecuniae medii temporis debeantur? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, dandam utilem actionem [5]).

Daß die Appellation, wie in obigem Falle, wo der Appellationsrichter ex officio die Zinſen der Zwiſchenzeit von einem Urtheile zum andern, zuerkennen ſoll, frivol gewesen ſein müſſe, iſt nicht geſagt, vielmehr in der letzten Stelle der bona fides des Appellanten ausdrücklich erwähnt,

1) S. z. B. Schweppe's röm. Pr. R. §. 194.
2) l. 28. D. de exc. r. jud. (44, 2.)
3) l. 41. pr. D. de usur. (22, 1.)
4) l. 64. D. de re jud. (42, 1.)
5) l. 24. pr. D. de appell. (49, 1.)

Digitized by Google

und der Grund der Statthaftigkeit dieser Klage nur in die Verzögerung der Sache durch die Appellation gesetzt, wie sowohl aus den Worten: diu negotium tractum est, und quia tardius judicatum sit, als auch insbesondere daraus hervorgeht, daß nur die Zinsen der Zwischenzeit, medii temporis, Gegenstand der Klage sein sollen.

Hierbei werfen sich nun noch die folgenden Fragen auf: 1) welcher Zeitraum von einer Appellation bis zur andern verstrichen sein muß, damit man sagen könne, diu negotium tractum est, 2) ob diese Stellen auch dann Anwendung leiden, wenn die gegen einen Endbescheid gerichtete Appellation zwar nicht zurückgewiesen, sondern auf dieselbe mittelst Ordination reformatorisch erkannt, demnächst aber in Folge des angeordneten weiteren Verfahrens dennoch wieder ein Erkenntniß desselben Inhalts ertheilt wird — 3) ob diese Stellen auch auf andere Fälle, als worauf sie sich ausdrücklich beziehen, also z. B. auf den, wenn ein Käufer nicht zur Verzinsung des Kaufpretii verurtheilt ist, weil die aufgelaufenen Zinsen ganz unbedeutend waren, oder der Richter solche übersah, analogisch angewendet werden können? und endlich 4) ob die Nachforderung der Zinsen blos so lange das Hauptgeld noch nicht gezahlt, oder auch späterhin noch statthaft sei?

Die Worte: diu, diutinus, diuturnus, werden in den Gesetzen sehr häufig zur Bezeichnung eines Zeitraums gebraucht, welcher zur Verjährung hinreichend. In diesem Sinne ist die Bezeichnung gleichsam eine technische [1]). Daß sie aber nur

1) vergl. §. 17. J. de usucap. (2, 6.) l. 10. pr. D. si serv. vind. (8, 5.) l. 1. §. 23. D. de aq. et aq. pluv. (39, 3.) l. 36. l. 43. §. 1. D. de a. v. a. p. (41, 2.) l. 1. 13. §. 2. l. 18. D. de usurp. (41, 3.) l. 7. pr. §. 2. l. 13. D. pro emptore (41, 4.) l. 5. §. 3. D. de itinere actuq. priv. (43, 19.) l. 9. D. de div. temp. praescript. (44, 3.) l. 2. C. de uxor. mil. (2, 52.) l. 1. C. de com. rer. al. (4, 52.) l. 3. C. si major. fact. al. rat. (5, 74.) l. 1. C. de l. t. pr. quae p. lib. (7, 22.) l. 2. C. de adq. et retin. poss. (7, 32.) l. 4. l. 7. C. de pr. l. t. (7, 33.) l. 2. C. quib. n. obj. l. t. pr. (7, 35.) l. 1. C. si adv. cred. (7, 36.) l. 3. C. ne rei dom. (7, 38.) l. 2. C. de pr. 30. v. 40. an. (73, 9.) l. 2. C. de fund. et saltib. rei dom. (11, 66.)

Digitized by Google

auf eine *longi temporis* praescriptio gehe, läßt sich nicht behaupten, da auch die fünfjährige Verjährung der angeführten l. 3. C. si maj. fact. al. rat. (5, 74.) darunter begriffen ist.

Dieser Begriff der gedachten Ausdrücke, wonach sie jedenfalls einen auch zur Verjährung hinreichenden Zeitraum umfassen müßten, ist jedoch kein allgemeiner, der auch auf andere Rechtsverhältnisse, außer wo es sich gerade von der Verjährung handelt, Anwendung litte. Die Bezeichnung diu, diutinus und diuturnus, kommt bei den verschiedenartigsten Verhältnissen vor, ohne daß gerade ein seiner Dauer nach ganz bestimmter Zeitraum damit bezeichnet würde [1]). Es ergiebt sich sogar aus den angezogenen Stellen mit Bestimmtheit, daß nach den Umständen des einzelnen Falles bald eine längere, bald eine kürzere Frist darunter begriffen ist. So z. B. ersieht man aus l. 31. D. ad l. Jul. de adulter. (48, 5.) daß der Zeitraum, wovon jene Bezeichnung gebraucht wird, weniger als fünf — aus einer andern Stelle [2]),

1) l. 33. D. de leg. (1, 3.) l. 2. D. de const. pr. (1, 4.) l. 9. §. 2. D. de d. m. (4, 3.) l. 32. § 12. D. de recept. (4, 8.) l. 8. D. de usufr. ear. rer. (7, 5.) l. 2. §. 1. D. de cond. indeb. (12, 6.) l. 38. §. 1. D. mand. (17, 1.) l. 16. pr. D. pro socio (17, 2.) l. 56. D. locati (19, 2.) l. 32. §. 13. D. de don. i. v. et ux. (24, 1.) l. 3. D. de his q. in testam. del. (28, 4.) l. 6. §. 3. D. de adq. v. om. hered. (29, 2.) l. 35. pr. l. 38. §. 4. l. 93. pr. D. de legat. III. l. 13. §. 2. D. de alim. leg. (34, 1.) l. 33. D. ad S. C. Trebell. (36, 1.) l. 1. §. 12. D. de succes. ed. (38, 9.) l. 3. §. 10. D. de a. v. a. p. (41, 2.) l. 8. D. quib. ex caus. in poss. eatur. (42, 4.) l. 1. D. de receptator. (47, 16.) l. 31. D. ad l. Jul. de adulter. (48, 5.) l. 18. pr. D. ad S. C. Turpill. (48, 16.) l. 25. l. 40. D. de poenis (48, 19.) l. 3. §. 2. l. 4. §. 13. D. de re mil. (49, 16.) l. 5. C. de ingen. manumiss. (7, 14.) l. 3. C de execut. rei jud. (7, 53.) l. 1. C. de p. p. (8, 47.) l. 5. C. de custod. reor. (9, 4.) l. 21. 23. C. de poenis (9, 47.) l. 3. C. ut nemini liceat in empt. spec. se excusare (10, 27.) l. 7. C. de susceptor. (10, 70.) l. 8. C. de proc. sacr. scrin. (12, 19) l. 3. C. de agentib. in reb. (12, 20.) l. 1. C. de desertor. (12, 46.)

2) l. 56. D. locati (19, 2)

Digitized by Google

daß er wenigstens zwei, und aus einer dritten Stelle [1]), daß er wenigstens ein Jahr betragen muß.

Bei dieser Unbestimmtheit des Begriffes läßt sich für unsere beiden Stellen nur behaupten, daß die Frist dem richterlichen Ermessen, nach den Umständen des einzelnen Falles, überlassen bleibe [2]).

Die zweite Frage betrifft den Fall, wenn in erster Instanz condemnatorisch erkannt war, in Folge des in der Appellationsinstanz ergangenen Erkenntnisses aber erst weitere Verhandlungen eingeleitet oder Beweise geführt werden mußten, und, nachdem dieses geschehen, das erste Erkenntniß wieder hergestellt wird.

Die beiden angezogenen Gesetze haben nur den Fall vor Augen, wenn die Appellation verworfen wird, appellatione ejus oder eorum injusta pronuntiata.

Sie entscheiden den unterstellten Fall nicht, und dürften auch nicht einmal analogisch auf denselben anzuwenden sein, da sie eine Ausnahme von der Regel enthalten, welche nicht auszudehnen ist. Es bedarf aber in dem unterstellten Falle dieser Ausnahme auch nicht, da dasselbe Ergebniß auf anderm Wege erreicht werden kann, ohne daß man die Regel bei Seite zu setzen braucht. — Es muß nämlich der Richter, wie bekannt, die während des Prozesses auflaufenden, nicht stipulirten, Zinsen ex officio zuerkennen, wenn deren auch in der Klage nicht erwähnt sein sollte. Es sind deßhalb die von der Zeit des ersten Erkenntnisses, so wie die von Zeit der Anstellung der Klage bis dahin aufgelaufenen Zinsen, Gegenstand des auf die, durch das Appellationserkenntniß angeordneten, weiteren Verhandlungen zu ertheilenden Erkenntnisses — werden sie hierin übergangen, so sind sie aberkannt [3]), und können also aus diesem Grunde mit einer besondern Klage nicht nachgefordert werden, weil dieser die

1) l. 1. §. 12. D. de success. ed. (38, 9.)

2) In diesem Sinne sind die fragl. Ausdrücke sogar in den von der Verjährung handelnden Stellen aufgefaßt worden, in Neustetel und Zimmern röm. rechtlich. Unterss. 1r Thl. S. 102 folg.

3) cf. l. 13. C. de usur. (4, 32.) l. 4. C. depos. (4, 34.)

Digitized by Google

exceptio rei jud. entgegenstehen würde. Deßhalb bleibt in einem solchen Falle dem Kläger nichts übrig, als entweder, wo möglich, zu appelliren oder — besorgt er, daß der Richter die Zinsen übersehen könne — ihn vorher auf seine Schuldigkeit besonders aufmerksam zu machen.

Nach gleichen Grundsätzen ist der Fall zu beurtheilen, wenn gegen ein Vorerkenntniß appellirt war, sei es nun, daß solches in der Appellationsinstanz bestätigt oder reformirt wurde. Eine analogische Anwendung der gedachten Stellen findet auf diesen Fall um so weniger Statt, als bekanntlich das römische Recht keine Beweisinterlocute oder überhaupt keine Vorerkenntnisse, wogegen Appellation zulässig gewesen wäre, kannte, mithin dieser Fall gar nicht vorkommen konnte, und durch die Bestimmungen über die Pflicht des Richters, auch ex officio Zinsen zuzuerkennen, hinlänglich gesorgt ist.

Was die dritte der obigen Fragen betrifft, so scheinen die in Rede stehenden beiden Stellen kein singuläres Recht zu enthalten, welches nur auf Geschäftsführer, Tutoren und Curatoren zu beschränken wäre. Der Grund der Entscheidung wird nicht in die besondere Art der Zinsen gesetzt, welche die genannten Personen sonst zu leisten haben, sondern in die Verzögerung der Sache durch die Appellation, wie sowohl aus den Worten: diu negotium tractum est, quo oder quia tardius judicatum sit, als auch daraus sich ergiebt, daß nur die Zinsen der Zwischenzeit von einer Appellation zur andern, mit einer actio utilis besonders eingeklagt werden können. Dieser Grund der Entscheidung ist ganz der nämliche auch dann, wenn es sich z. B. um einen Kaufpreis, Pachtgeld, Darlehn, u. s. w. handelte. Es ist deßhalb auch unrichtig, wenn ein gewisses Gericht in einem vorgekommenen Falle die Anwendbarkeit der fraglichen Stellen um deßwillen bezweifelte, weil der Grund, aus welchem in denselben die Zinsen zugesprochen worden, — die Verwendung eignen Geldes (des Gläubigers) zum Besten des Gegners (des Schuldners) — auf den entschiedenen Fall keine Anwendung finde; denn es ist dieser Grund mit keiner Sylbe,

Digitized by Google

dagegen aber ein ganz anderer, die Verzögerung der Zahlung durch die als ungegründet verworfene Apellation, von den Gesetzen ausdrücklich angeführt, und dieser Grund ist ein ganz allgemeiner, der Gegenstand des Streites aber dabei ganz gleichgültig. Ferner ist die, ohnehin nur auf den Fall, wenn bereits die Hauptsumme gezahlt ist, sich beziehende und deßhalb auf den einer vorherigen Klaganstellung in Betreff der Zinsen der Zwischenzeit nicht einmal anwendbare Bestimmung der oben angezogenen l. 49. §. 1. D. de a. e. v. (19, 1.) ebenfalls keine singuläre, in der besonderen Natur des Kaufpreises begründete Vorschrift, sondern nur ein Ausfluß der allgemeinen Regel, daß Zinsen nicht besonders sollen eingefordert werden können. Nun ist es aber ausgemacht, daß nicht jede Stelle in unsern Rechtsquellen, welche von einem besondern Falle spricht, darum schon für ein besonderes Gesetz gehalten werden dürfe, vielmehr muß man jedesmal den in der Stelle liegenden Satz und sein Verhältniß zu allgemeinen Rechtssätzen und Regeln betrachten. Ist das darin ausgesprochene Prinzip nichts als die Anwendung der Regel auf einen einzelnen Fall, so ist das Gesetz kein besonderes, sondern die Entscheidung ein consequenter Folgesatz aus dieser Regel, welcher eben deßhalb auch cessiren muß, wenn diese Regel aufgehoben wird, oder insoweit sie durch eine, auf einem allgemeinen Grunde beruhende, Ausnahme beschränkt erscheint [1]).

Aus diesen Gründen dürfte die Statthaftigkeit der Anwendung der fraglichen beiden Stellen auf andere, als die wörtlich darin entschiedenen Fälle der negotiorum gestio und Tutel nicht zu bezweifeln sein. —

Zur Beantwortung der letzten der obigen vier Fragen ist kürzlich nur folgendes zu bemerken.

Aus den obigen Stellen ergiebt sich, einmal, daß nach ergangenem Endurtheile, in der Regel keine Zinsen mit einer besondern Klage sollen nachgefordert werden können, wenn nicht etwa von dem Verurtheilten appellirt worden

1) cf. Gönner's jur. Abh. 1r Bd. N. 7. §. 10. Thibaut's p. R. §. 89. u. cit. Abh. S. 108—130.

Digitized by Google

war [1]), und ſodann, daß pretii sorte *soluta* eine Nachforderung der Zinſen mit einer beſonderen Klage nicht ſtattfinde [2]). Die beiden andern, auf den Fall einer ſpäter verworfenen Appellation des Verurtheilten ſich beziehenden, Pandekten-Stellen bemerken nichts darüber, ob die neue Klage vor oder nach Bezahlung der Hauptſchuld angeſtellt werden könne, ſie erwähnen nur der Verurtheilung. Sie beſchränken daher auch nur die in l. 13. C. de usur. (4, 32) erwähnte erſte, nicht aber die in der Pandektenſtelle enthaltene zweite, von jener ganz verſchiedene, Regel. Hat daher der Kläger nach erfolgter einfachen Verwerfung der Appellation, ohne daß auf den Grund der l. 41. pr. D. de usur. (22, 1.) die Zinſen vom Appellationsrichter zuerkannt worden, das Hauptgeld allein bereits angenommen, ſo ſteht ihm eine Nachforderung der Zinſen der Zwiſchenzeit in Gemäßheit der beiden mehrerwähnten Pandektenſtellen, nicht mehr frei. Vielmehr hat er dieſes Recht einer neuen Klage auf die Zinſen der Zwiſchenzeit von dem Erkenntniſſe erſter Inſtanz bis zum Appellationserkenntniſſe, nur ſo lange er das Hauptgeld noch nicht angenommen hat, alſo eine bloße Verurtheilung, aber noch keine Zahlung in Gemäßheit dieſer Verurtheilung, vorliegt. Ob er ſich aber die Nachforderung der Zinſen reſerviren, oder das Empfangene vorerſt hierauf abrechnen könne, ob er endlich, wenn der Zahlende das Hauptgeld zahlen zu wollen erklärt, die Annahme deſſelben verweigern und hierdurch ſeinen Anſpruch auf die Zinſen der Zwiſchenzeit erhalten könne, dieſes ſind Fragen, welche nach den allgemeinen Regeln zu beurtheilen ſein dürften.

Was von den Zinſen in den angezogenen Stellen beſtimmt iſt, dürfte übrigens analogiſch auch von den Früchten gelten, da beide nach gleichen Grundſätzen zu beurtheilen ſind [3]).

1) l. 13. C. de usur. (4, 32.) cf. l. 4. C. depos. (4, 34.)
2) l. 49. §. 1. D. de a. e. v. (19, 1.)
3) l. 41. D. de usur. (22, 1.)

Digitized by Google

VI.

Zur Lehre von der quasi possessio und der damit verbundenen posseſſoriſchen Rechtsmitteln.

Vom

Herrn Geheimen Regierungsrath Dr. Heerwart in Eiſenach.

§. 1.

Der praktiſche Juriſt kann ſich in keiner größern Verlegenheit befinden, als wenn er, verlaſſen von Landesgeſetzen, nach Grundſätzen des gemeinen, vornehmlich des römiſchen Rechts über eigenthümlich deutſche Rechtsinſtitute entſcheiden ſoll, von welchen die Römer keine Ahnung hatten, und mit welchen keins der in ihrem Volksleben vorkommenden Verhältniſſe im Weſentlichen eine Aehnlichkeit hatte; und wenn man auch ſonſt ganz von Savigny's Meinung über den Beruf oder vielmehr Nichtberuf unſerer Zeit zu neuen Geſetzgebungen überzeugt wäre, ſo müßte man doch hier das Einſchreiten der geſetzgebenden Gewalt dringend wünſchen.

Einen der Fälle, in welchen der Mangel ausreichender partikularrechtlichen Beſtimmungen ſich recht fühlbar machen, bildet unter andern auch die Frage: in wiefern bei den ſogenannten Reallaſten und andern, den Römern unbekannten Rechten Beſitz und die davon abhängigen Rechtsmittel anzunehmen ſeyen.

Digitized by Google

Im Folgenden soll versucht werden, diese Frage zu beleuchten und zu deren Lösung beizutragen. Es ist aber nothwendig, hierbei etwas weiter auszuholen.

§. 2.

Im römischen Recht kommen bekanntlich zum Schutz des Besitzes an körperlichen Sachen zwei remedia retinendae und zwei rem. recuperandae possessionis vor. Jene sind das interd. uti possidetis für unbewegliche, und das ihm jetzt [1]) ganz gleich gesetzte interdictum utrubi für bewegliche Sachen; diese das interdictum unde vi für unbewegliche, und das interdictum de precario für alle Sachen [2]).

Für die juris quasi possessio hatten sie das int. de superficie, das aber mit dem int. uti possidetis in der Wirkung völlig übereinkam [3]) und dann mehrere die servit. rusticorum praediorum betreffende, im 43. Buch der Pandekten T. 19—22 abgehandelte besondere Interdicte, endlich das interdictum de cloacis. Lib. 43. Tit. 23.

Außerdem gestatteten sie auch noch analoge Ausdehnung der, für den Besitz körperlicher Sachen, gegebenen Interdicte. Wie weit aber diese Ausdehnung gegangen und zulässig sey, darüber sind die Rechtslehrer nicht einerlei Meinung. Gesetzlich entschieden und darum unbestritten ist die Ausdehnung aller oben genannten, für körperliche Sachen gegebenen Interdicte als utilium auf die persönlichen Servituten [4]) und auf die emphyteusis [5]). Der Grund ist

1) §. 3. J. de interd. (4, 7.)

2) Das schon vor Justinian außer Gebrauch gekommene int. de clandestina possessione, wenn überhaupt ein solches existirt hat (vergl. Savigny a. a. O. §. 41. und Zachariä Revision der Theorie vom Besitz S. 104.) kann nicht weiter in Betracht kommen.

3) Tit. D. de superficie 43, 18.

4) Fragm. vatic. §. 90. L. 4. uti possid. (43, 17.) L. 3. §. 18. 14. 16. de vi (4, 16.) L. 27. de donat. (39, 5.) L. 60. de usufr. (7, 1) L. 2. §. 3. de precario (43, 26.)

5) Mit dürren Worten ist das freilich nirgends gesagt, indessen ist es aus

Digitized by Google

augenfällig der, daß die Ausübung dieser Rechte von dem natürlichen Besitz der Sache selbst abhängt, und daher die Anwendung der für letztern gegebenen Rechtsmittel auf den Schutz jener Rechte keine Schwierigkeit hat.

Ebenso natürlich ist die Anwendung wenigstens des interd. uti possidetis bei Servituten, deren Ausübung eine mit einem Gebäude zusammenhängende Vorrichtung erfordert, wie die servitus tigni immittendi, projiciendi [1]). Durch eine Störung in dem Gebrauch einer solchen Vorrichtung wird nämlich der Besitz des Gebäudes selbst in seiner dermaligen Beschaffenheit gestört, somit das interd. uti possidetis in Ansehung des letztern begründet, und durch dessen wirksame Anstellung mit dem Besitz des Gebäudes in seiner dermaligen Gestalt und Art (sicuti nunc possidetis) zugleich die Ausübung der ihm anklebenden Dienstbarkeit geschützt.

§. 3.

Streitig ist dagegen die Anwendbarkeit des Interd. uti possidetis auf solche Dienstbarkeiten, die in positiven Handlungen des Besitzers des herrschenden Grundstücks bestehen.

L. 1. §. 8. uti poss. vergl. mit L. 115. de V. S. und daraus nothwendig zu folgern, daß die emphyteuta den juristischen Besitz des agri emphyteuticarii hat. L. 25. §. 1. de usur. (22, 1.)

1) L. 20. de serv. praed. urb. (8, 2.) L. 3. §. 5. 6. uti poss. Es kann hier auf sich beruhen, ob im §. 5. statt inutile, zu lesen sei utile, wie Cujacius obs. L. 17. c. 2. will. Denn auch das inutile will weiter nichts sagen, als der Besitzer des Hauses mit der projectio braucht das Interdict nicht, weil eine wirkliche Störung seines Besitzes noch gar nicht vorliegt, und der Besitzer des Bodens unter der projectio kann es nicht anstellen, weil er zwar den Boden besitzt, aber der Nachbar ebenso die projectio, also der Besitzstand gegen ihn ist. Denn es ist nicht von einer erst begonnenen, sondern von einer schon bestehenden projectio die Rede. Eine andere Erklärung hat Albert das interd uti possidetis. Halle 1824. §. 100. flg., und Wiederhold das int. uti poss. §. VI. IX. leugnet die Statthaftigkeit des Interdicts auf solche Servituten und zum Schutz des Eigenthums gegen solche Servituten ganz.

Digitized by Google

Es bestreitet sie Cujacius[1]) und Donellus[2]) und neuerlich Savigny[3]), welchem Schweppe[4]), Albert[5]) und Wiederhold[6]) folgt. Die meisten andern Rechtslehrer dagegen gestatten das interd. uti possidetis, und namentlich hat Thibaut[7]) dasselbe gegen Savigny vertheidigt, und Roßhirt[8]) ist ihm beigetreten. Die Anhänger der letzten Meinung trennen sich aber wieder in zwei Partheien, indem einige[9]) die Ausdehnung des interd. uti possidetis auch auf solche Dienstbarkeiten annehmen, welche, wie die Wege- und Wasser-Gerechtigkeiten durch eigene Interdicte geschützt sind, während z. B. Thibaut und Roßhirt die letztern von jenem Interdict ausschließen. Die erste Meinung erscheint sonderbar und unzulässig, denn da das interd. uti possidetis, wie es hierbei genommen wird, in Ansehung seiner Erfordernisse bei weitem weniger Beschränkungen unterliegt, als die speziellen Interdicte, so würden alle für die letztern so genau festgestellten beschränkenden Bestimmungen rein vergeblich und unnütz sein; aber ebenso sonderbar müßte es erscheinen, daß nach der zweiten Meinung der Schutz der Ausübung der so häufigen und für die Landwirthschaft wichtigen Wege- und Wassergerechtigkeiten bei weitem mehr erschwert ist, als es bei den übrigen, wenigstens den Römern minderwichtigen[10]) Dienstbarkeiten der Fall sein würde.

---

1) Comm. ad Tit. D. de usurpat. ad L. 4.

2) ad L. un. C. uti poss. nr. 14.

3) Recht des Besitzes §. 46. (6. Ausg.)

4) Römisches Privatr. §. 561. (4. Ausg.)

5) Ueber Besitz und körperl. Sachen I. §. 204. Anm. 5. Ueber das Interd. uti possidetis §. 83.

6) Das Interd. uti poss. §. IX.

7) Arch. f. civ. Pr. Bd. I. S. 111.

8) Ebendas. Bd. 8. S. 41 flg.

9) Perez ad L. un. C. uti possid. § 11. Vost. comm. L. 43. T. 17. §. 1.

10) Das läßt sich wohl mit Recht daraus schließen, daß die servitus pas-

Denn man würde mit Recht nach dem Grund fragen, warum z. B. der, dem die serv. actus, aquae, pecoris ad aquam adpulsus zuſteht, durchaus im vorhergegangenen Jahre dieſelbe ausgeübt haben muß, wenn er bei der fernern Ausübung dieſes Rechts richterlichen Schutz zu erlangen hoffen ſoll, während es bei der serv. pascendi hinreichend wäre, ſie zu irgend einer Zeit einmal ungeſtört und als Recht ausgeübt zu haben. Schon dieß Dilemma dürfte die Ausdehnung des interd. uti possidetis auf die genannte Klaſſe der Dienſtbarkeiten ſehr zweifelhaft machen.

Es kommt aber hinzu, daß keine einzige Stelle dafür angeführt werden kann, und den ganz vagen Ausſpruch Javolens in L. fin. D. de servitut. (8, 1.)

Ideoque interdicta veluti possessoria constituta sunt,

auf das interd. uti possidetis zu beziehen oder wenigſtens mit zu beziehen, iſt höchſt willkührlich, ja mit dem Worte veluti ganz unverträglich, was unverkennbar andeutet, daß die hier gemeinten Interdicte den poſſeſſoriſchen nur ähnlich ſind, wie denn bei denſelben wirklich auch zuweilen das Recht ſelbſt mit in Betracht kommt [1]) und ein ſchon dageweſener Quaſi-Beſitz des Klägers ſelbſt nicht nöthig iſt [2]). Das interdictum uti possidetis iſt aber ſelbſt ein wahres und eigentliches interdictum possessorium, mithin kann es unter den interdictis *veluti* possessoriis unmöglich mit gemeint ſeyn.

---

cendi, lignandi, arenae fodiendae, calcis coquendae kaum genannt, und daß faſt gar nichts über ſie geſagt wird, was gewiß geſchehen ſeyn würde, wenn dergleichen Dienſtbarkeiten ſehr häufig vorgekommen wären.

1) L. 2. §. 2. de interd. (43, 1.) Quaedam interdicta rei persecutionem continent, veluti de itinere, actuque privato, nam proprietatis causam continent. L. 3. §. 13. 14. de itinere (43, 19.) L. 1 §. fin. de aqua quot. (43, 20.)

2) L. 2. §. 3. eod. adipiscendae possessionis sunt interdicta, quae competunt his, qui ante non sunt nacti possessionem . . . . ex hoc genere est et, quo itinere venditor usus est, quo minus emtor utatur, vim fieri veto.

Digitized by Google

Spricht gleich Javolen vorher ganz allgemein: quotiens via *aut aliquod jus fundi* emeretur —; so ist es wohl natürlich anzunehmen, daß ihm dabei die bei den Römern am häufigsten vorkommenden Wege- und Wasser-Gerechtigten vorschwebten, von welchen denn auch mit Grund gesagt werden konnte, daß für sie interdicta *veluti* possessoria gegeben seien.

§. 4.

In der That scheint auch gar kein großes praktisches Bedürfniß vorhanden gewesen zu seyn, die possessorischen Rechtsmittel zu vervielfältigen oder auszudehnen. Der Zweck der Bestimmung der Partheirollen im Petitorium, der bei dem interd. uti possidetis angegeben wird [1]) fiel bei den Dienstbarkeiten weg, weil sowohl der Quasibesitzer als der Nichtbesitzer die Servitutenklagen anstellen kann [2]), was bekanntlich bei der rei vindicatio anders ist.

Die Beschleunigung des Prozesses konnte auch kein Grund seyn, denn beruhigte sich der Gegner nicht bei dem Befehl des Prätors und bestritt er die Behauptung des Andern, so ging die Sache in den gewöhnlichen Aktionenprozeß über [3]), und nach dem Untergange des alten ordo judiciorum waren die Interdicte vollends nicht mehr von den nun allein noch Statt findenden extraordinariis judiciis et actionibus verschieden [4]).

Endlich würde auch in Ansehung der Beweislast das Interdict keinen sonderlichen Vortheil gewährt haben, da der Quasi-Besitz nach der richtigern Meinung den eine Dienst-

1) L. 1. §. 2. 3. uti poss.

2) L. 5. §. 3. de usufr. pet. (7, 6) L. 6. §. 1. si serv. vind. (8.)

3) Gajus §. 141. L. 1. §. 41. de vi (43, 16.) vgl. auch Hanbold in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. III. nr. 12.

4) L. 3. C. de interdict. (8, 1.) §. 8. J. eod. (4, 14.) Freilich ist dieser Satz nicht unbestritten. S. über die Litteratur der Controverse Bayer Summ. Proz. §. 63. Not. 4.

Digitized by Google

barkeit Behauptenden nicht von der Nothwendigkeit befreit, ſein Recht zu beweiſen, wenn die negatoria actio gegen ihn angeſtellt wird [1]).

Allein bei genauer Betrachtung der Vorausſetzungen und Wirkungen des interd. possidetis muß man zu der Ueber-

---

1) Die Gründe für dieſe Meinung ſind am beſten zuſammengeſtellt und ausgeführt von Eſſer über die Beweislaſt bei Servitutenklagen. Trier 1826. Doch wird dieſe Schrift ſelten angeführt. Siehe auch Albert über den Beſitz unkörperlicher Sachen nr. I. §. 167. flg.

Wenn neuerlich Puchta von gerichtlichen Klagen §. 86. nr. 5. den in possessorio Geſchützten eine Servitut Anſprechenden von dem Beweis des Rechts gegen den Negatorienkläger freiſpricht, weil das richterliche Erkenntniß die Vermuthung der Nichtfreiheit begründe und außerdem keine Realität haben würde, ſo ſteht der erſte Grund ohne Beweis als eine petitio principii da, denn dieſe Vermuthung wird ja eben beſtritten, und der zweite iſt unrichtig. Das richterliche Erkenntniß hat eben die reelle Folge, daß es die bloße Ausübung ſchützt, bis der Gegner ſein ihr entgegenſtehendes Recht in petitorio darthut. Er bewirkt das, indem er ſein Eigenthum am dienenden Grundſtück nachweiſt, aus welchem die Befugniß, jeden Dritten von der Mitbenutzung auszuſchließen, folgt. Der angezogene §. 4. J. de interd. entſcheidet gar nichts, weil er von der vera possessio der rei vindicatio gegenüber, alſo von einem weſentlich verſchiedenen Verhältniß ſpricht, und übrigens dem Vindikanten auch nicht den Beweis auflegt, daß ſein Gegner kein Recht zum Beſitz habe.

Abgeſehen von dieſen theoretiſchen Gründen, empfiehlt ſich die Meinung auch von einer andern Seite her. Denn wenn, wie weiter unten vorkommen wird, meiſtens eine einzige Ausübung genügt, um im Quaſi-Beſitz einer Servitut geſchützt zu werden, ſo wäre die Freiheit des Eigenthums auf eine ſehr bedenkliche Weiſe gefährdet, mußte der Eigenthümer gegen den Quaſi-Beſitzer der Servitut den Beweis der Freiheit übernehmen. Wie leicht iſt es nicht dem Nachbar, irgend einmal eine Servitut auf eine Weiſe auszuüben, der man das „vi, clam, precario“ nicht vorwerfen kann. und wie unendlich ſchwer iſt der Beweis der Negative, daß ein Grundſtück mit einer Dienſtbarkeit nicht belaſtet ſey!

*) Nachdem dieſer Aufſatz ſchon vollendet war, kam mir das erſte Heft des 21. Bandes des Archivs für civil. Praxis zu, in welchem unter nr. I. ein die nämliche Meinung vertheidigender, gediegner Aufſatz von Francke ſteht, auf welchen ich hier noch verweiſe.

Digitized by Google

zeugung gelangen, daß eine Anwendung desselben auf jene Arten von Dienstbarkeiten ganz unmöglich ist, wenn man nicht die wesentlichsten Eigenschaften desselben ganz unbeachtet lassen will. Jenes Interdict setzt, soll es mit Erfolg gebraucht werden, fortdauernden Besitz bis zum Augenblick des interdicti redditi voraus, und gewährt dessen fernere Dauer und dessen Schutz gegen weitere Störungen. Der factische Zustand soll erhalten werden gerade so, wie er in jenem Zeitpunkt war, uti nunc possidetis, ita possideatis [1]). Wie verhält sich nun das bei Dienstbarkeiten, die in positiven Handlungen des Berechtigten bestehen? Woran erkennt man, daß der Letztere sich zur Zeit der Klagerhebung im Besitz befand? Das römische Recht giebt darüber keine Antwort; zwar wird hier und da von einer possessio juris bei Servituten gesprochen [2]), dennoch aber sagt L. 14. de serv. (8, 1.) in besonderer Beziehung auf die serv. praed. rusticorum, die in solchen positiven Handlungen bestehen: non habent certam continuamque possessionem, nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur, und hiermit ist eigentlich die Unzulässigkeit des interd. uti possidetis ausgesprochen, weil nicht füglich z. B. das Betreten eines Wegs und die Litis contestatio in einem und demselben Moment möglich, mithin das uti nunc possidetis gar nicht wahrnehmbar ist [3]).

---

1) L. 3. §. 6. uti poss. Wenn es in §. 4. in f. J. de interdictis (4, 14.) heißt: „Litis contestatae tempore" so ist das unstreitig eine Folge der veränderten Prozeßform.

2) L. 2. comm. praed. (8, 4.) L. 7. de itinere (43, 19.) L. 2. §. 3. de precario (43, 26.)

3) Wenn Buchholz Versuche 8 Abh. Note 82 bemerkt, die juris possessio werde in der Stelle vorausgesetzt und nur die certa continuaque possessio geleugnet, so steht der erste Satz ohne Beweis da, und wäre er wahr, so würde schon die Ableugnung eines bestimmten nicht unterbrochenen Besitzes für unsere Frage genügen, da das interd. uti possid. einen festen fortdauernden Besitz erfordert.

Digitized by Google

Soll es nun genug ſeyn, wenn der Berechtigte irgend einmal, wäre es auch vor vielen Jahren, die Servitut als Recht ruhig ausgeübt hat, oder muß er ſie in einem beſtimmten Zeitraum vor der Klage, oder wie vielmal überhaupt ausgeübt haben?

Mevius[1]), Wernher[2]), Berger[3]), Kind[4]) begnügen ſich mit einer einzigen Ausübung, wenn ſie auch vor Jahren geſchehen wäre, ſobald nur nicht ſpätere entgegengeſetzte Beſitzhandlungen vorgekommen ſind. Danach könnte man denn nach zehn, zwanzig und mehr Jahren einer gänzlichen Unthätigkeit auf Schutz im Beſitz klagen, ja das Recht ſelbſt konnte durch Nichtgebrauch längſt aufgehoben ſeyn[5]), der Beſitz dauerte immer fort und müſte vom Richter geſchützt werden, wenigſtens wird für dieſen Fall von jenen Rechtslehrern keine Ausnahme behauptet.

Pufendorf[6]) meint, daß ein einmal angefangener Beſitz zwar durch den bloßen animus erhalten werde, aber doch nicht über 10 Jahre „quia per tanti temporis intervallum inducatur negligentia et oblivio, ex qua amittitur possessio. Wiederum verlangen einige einen einjährigen Beſitz, d. h. zuſammengehalten mit der eben erwähnten Annahme der Fortwirkung eines einmal erlangten Beſitzes, daß die Ausübung wenigſtens ein Jahr vor Anſtellung der Klage geſchehen ſey. So Berger[7]), Rivin[8]), andere aber z. B.

---

1) P. VIII. dec. 63.

2) P. II. ob. 433.

3) Electa proc. poss. §. 22. 30.

4) Obs. for. T. III. c. 14.

5) L. 4. §. 27. de usurp.

6) Obs. T. II. obs. 112.

7) c. l. §. 22.

8) Ennnc. T. 20. en. 119.

Digitized by Google

Carpzov[1]), Wernher[2]), Kind[3]), halten auch eine jüngere Besitzhandlung für hinreichend.

Endlich ist noch anzuführen, daß manche Rechtslehrer[4]) aus Mißverstand der eigentlichen Bedeutung der Worte des prätorischen Edikts die Meinung aussprechen, es müsse längstens binnen einem Jahre nach der geschehenen Störung des Quasibesitzes geklagt werden, weil außerdem der Besitz als verloren und auf den Gegner übergegangen zu betrachten sey.

Zu bemerken ist dabei, daß die meisten obigen Schriftsteller die angeführten Behauptungen in Beziehung auf das possessorium summariissimum aufstellen. Da sie aber dasselbe für eine Gattung des interdicti uti possidetis halten[5]) und das Charakteristische des poss. ordinarii in dem Titel, dem Alter und der Rechtmäßigkeit des Besitzes suchen, während die in Ansehung der Thatsächlichen, der zu Erlangung und Fortdauer des Besitzes erforderlichen Handlungen keinen Unterschied machen, so kann das, was sie in dieser Beziehung beim possessorium summariissimum sagen, als ihre Meinung über die Fortdauer des Besitzes überhaupt gelten.

§. 5.

Roßhirt spricht sich über die Frage, welche factischen Voraussetzungen vorhanden seyn müssen, um einen gegenwärtigen Quasibesitz bei den in positiven Handlungen des Berechtigten bestehenden Servituten und darauf hin die Statthaftigkeit des interd. uti possidetis annehmen zu können, gar nicht aus, sagt jedoch[6]), daß bei ihnen eine

---

1) P. II. c. 7. def. 14.

2) P. I. obs. 114.

3) c. l. cap. 16.

4) Hommel raps. obs. 178. Gottschalk diss. for. T. I. c. 23.

5) Andere erklären dagegen das interd. uti possidetis für das possess. ordinarium. Boehmer de act. L. II. c. IV. §. 15. Hommel obs. 178.

6) A. a. O. S. 44.

Digitized by Google

dejectio nicht denkbar sey, weil die Widersetzlichkeit gegen eine Handlung immer nur eine Störung und der Besitz dadurch nicht aufgehoben, vielmehr so gewiß nicht verloren sey, als außerdem der Dejicient sich so bei dem Grundstück aufstellen müsse, daß die Handlung gar nicht mehr möglich sey.

Bei den körperlichen unbeweglichen Sachen sei das anders, weil die gänzliche Abbringung der Einwirkung auf den Körper in ihrer Vollendung in die Sinne falle.

Zuvörderst ist dagegen zu bemerken, daß der zuletzt hervorgehobene Unterschied nicht besteht. Denn gewiß fällt es eben so gut in die Sinne, wenn der, welcher ein Weiderecht auf seines Nachbarn Grundstück ausüben will, von diesem sammt seiner Heerde verjagt wird, als wenn der Besitzer eines Grundstücks von einem Andern, der sich in seiner Abwesenheit dessen bemächtigte, abgehalten wird, es zu betreten. So wenig der erstere dadurch verhindert wird, späterhin den Versuch zu wiederholen, eben so wenig ist es der letztere, und wie im ersten Fall nur eine immerwährende Aufstellung bei dem Grundstück, das wiederholte Eintreiben einer Heerde unmöglich machen würde, so müste im letztern Fall ganz das nämliche geschehen, um dem frühern Besitzer das Wiederbetreten des Grundstücks zu verwehren, und gleichwohl wird im letztern Fall eine Aufhebung des Besitzes, ohne eine solche Aufstellung unstreitig angenommen [1]). Allein zugegeben auch, daß eine wahre dejectio bei dieser Art von Rechten nicht denkbar sey, so ist damit noch nichts für die Bedingungen des interd. uti possidetis in der Anwendung auf diese Rechte entschieden, denn es fragt sich dabei, was anzunehmen sey, wenn der Besitzer des Grundstücks auch die weitern Versuche zur Ausübung der Servitut zurückweist, und ob da gleichwohl noch eine Fortdauer des Quasibesitzes zu behaupten sey. Consequent müste das eigentlich geschehen, denn wenn durch eine Wider-

1) L. 6. §. 1. L. 25. §. 2. de acq. poss. (11, 2.) L. 1. §. 21. de vi.

setzlichkeit der Besitz nicht aufgehoben wird, so kann eine zweite, dritte u. s. w. ganz gleiche Handlung auch keine andere Wirkung haben, und so wäre der Quasibesitz dieser Servituten ganz unverlierbar, so lange der Besitzer ihn nicht selbst aufgiebt, das interd. uti possidetis würde ihm immerwährend zustehen, und selbst die actio confessoria, so weit sie auf Anerkennung des Rechts selbst, nicht etwa auf Ersatz des durch eine einzelne störende Handlung veranlaßten Schadens gerichtet ist, wäre ganz unverjährbar, denn da der Gegner durch fortwährende Verhinderung der versuchten Besitzhandlungen nicht im Stande ist, den die Servitut Ansprechenden aus dem Besitze derselben zu bringen, und da keine Klage zu verjähren beginnt, so lange man noch im Besitz des Rechts ist, was sie verfolgt, so würde auch die confessoria mit jeder neuen Störung immer von Neuem entstehen, und so eine merkwürdige Ausnahme von Allem bilden, was bisher von Klagenverjährung gegolten hat! In der That dürften diese Folgerungen gegen die Theorie etwas mißtrauisch machen.

Abgesehen hiervon, bleibt aber die Frage noch zu beantworten, wie die Sache anzusehen sey, wenn keine Störung der Ausübung vorgefallen ist, und der Quasibesitzer nur die Ausübung der Servitut unterlassen hat. Roßhirt schweigt darüber, aber wenn seiner Meinung nach sogar eine Verhinderung der Ausübung von Seiten des Gegners den Quasibesitz nicht aufzuheben vermag, so sollte man meinen, es könne der Quasibesitz noch viel weniger verloren seyn, wenn der Quasibesitzer blos die Handlungen unterläßt, die der Gegenstand des von ihm angesprochenen Rechts sind, und in so weit schlösse sich seine Lehre an die Lehre der Rechtslehrer an, die Seite 153 Note 1—4 angeführt sind.

Savigny [1]) sagt (freilich nicht in Beziehung auf das

1) Recht des Besitzes §. 45. S. 577. vgl. mit §. 46. S. 585. a. E. (ed. 6.)

Digitized by Google

int. uti poss. was er bei diesen Servituten nicht anerkennt), da durch Nichtgebrauch in einem gewissen Zeitraum die Dienstbarkeit selbst verloren gehe, so müsse auch der Besitz dadurch aufhören, daher sei anzunehmen, daß während des bloßen Nichtgebrauchs (ohne fremde Occupation) der Besitz in suspenso sey, und daß es sich erst durch Erneuerung des Gebrauchs oder durch Ablauf des ganzen Zeitraums zeige, ob er in der ganzen Zeit da gewesen sey oder nicht.

Unterholzner[1]) dagegen will nur dann eine Fortdauer des Besitzes anerkennen, wenn die einzelnen Handlungen der Ausübung bloß durch gewöhnlich vorkommende Zwischenräume getrennt sind, nicht aber, wenn ungewöhnliche Unterbrechungen Statt gefunden haben.

Bei weitem die meisten Schriftsteller begnügen sich mit der Bemerkung, daß das int. uti poss. wegen solcher in Handlungen des Berechtigten bestehenden Servituten Statt finde, und überlassen dem geneigten Leser, sich über die Voraussetzungen in Ansehung des Quasibesitzes selbst zu rathen, wie er kann.

Es bedarf keines weitläuftigen Beweises, daß alle die oben angeführten Meinungen meistens auf reine Willkühr hinauslaufen. Die einzige freilich nur negative Behauptung, die sich mit Grund vertheidigen läßt, ist die von Savigny, daß, wenn eine Servitut so lange Zeit nicht ausgeübt wird, daß sogar das Recht einer wirklich bestehenden Servitut dadurch verloren geht, auch der Besitz verloren sein müsse. Denn wenn, wie allgemein behauptet wird, der Quasibesitz bei dieser Rechten einzig und allein in der Ausübung, im

1) Verjährungslehre Bd. 2. S. 185 flg. Unterholzner hat es zwar nur mit der Verjährung zu thun, aber da, wenn man einmal vom Besitz hier reden will, die factischen Grundlagen desselben, für sich allein betrachtet und abgesehen von der Dauer, bei der Verjährung und bei den Interdicten dieselben seyn müssen, so konnte dessen Lehre allerdings hier mit angeführt werden.

Digitized by Google

Gebrauche bestehen kann, so muß es als ein Widerspruch erscheinen, bei einem Nichtgebrauch, der gesetzlich für hinreichend, um das Recht selbst aufzuheben, erklärt wird, dennoch eine Fortdauer des Quasibesitzes also des Gebrauchs anzunehmen [1]). Indessen ist es immer sonderbar, daß die Frage, ob einer im Augenblick besitze, erst aus der Zukunft entschieden werden soll, auch ist damit für die Praxis nicht viel gewonnen. Denn daraus, daß in dem bezeichneten Falle kein Besitz vorhanden ist, folgt noch nicht, daß in jedem andern Fall ein solcher anzunehmen sey.

Wenn A sein Vieh, auf die Wiese des in einem andern Lande wohnenden B getrieben hat, und die darauf folgenden 18 Jahre hindurch nicht, im neunzehnten es wieder thun will, aber von dem eben gegenwärtigen B davon verhindert

---

1) Es ist allerdings wohl ein wesentlicher Unterschied, ob vom Erlöschen einer rechtlich bestehenden Servitut durch Nichtgebrauch, oder von Erwerbung einer Servitut durch fortgesetzten Gebrauch (Ersitzung) die Rede ist. So gewiß man in jenem Fall, wenn der Berechtigte innerhalb 10 Jahren (inter praesentes) auch nur einmal die Servitut ausgeübt hat, nicht sagen kann, er habe sie zehn Jahre hindurch nicht ausgeübt, eben so gewiß kann man in diesem Fall, wenn einer im ersten und wieder im zehnten Jahre einmal die Servitut ausgeübt hat, nicht sagen, er habe zehn Jahre hindurch die Servitut ausgeübt, und insofern hat Unterholzner wohl Recht, wenn er sich gegen Savigny's allgemein klingende Behauptung erklärt. In der 6ten Ausgabe S. 578 Note hat Savigny selbst jenen Unterschied als richtig anerkannt, dadurch aber freilich für die hier in Rede stehenden Servituten die ganze Frage zu einer überflüssigen gemacht. Denn da der Besitz und so auch der Quasibesitz nur zwei Wirkungen hat — Ersitzung und Interdicte — und da zur Ersitzung nach seiner nunmehrigen Meinung die bloße Möglichkeit des Gebrauchs nicht hinreicht, die Interdicte aber bei den Wege- und Wassergerechtigkeiten auch nicht die bloße Möglichkeit, sondern wirkliche Ausübung in einer gewissen Zeit erfordern, bei den übrigen Servituten aber (nach seiner Meinung) Interdicte gar nicht Statt finden, so kann nichts mehr darauf ankommen, ob man übrigens wegen der bloßen Möglichkeit der Ausübung während eines gewissen Zeitraums hindurch, die Fortdauer des Quasibesitzes annimmt oder nicht.

Digitized by Google

wird, wer wird dann wohl vertheidigen mögen, A befinde sich im gegenwärtigen Besitz der Weidegerechtigkeit? Und doch folgt das mit logischer Strenge aus der Annahme, daß eine einzige Handlung genüge, um den Besitz zu erlangen und zu erhalten.

Gleichwohl muß man zugeben, daß die Annahme kürzerer Zeiträume der Ausübung vor der Klagerhebung eben auch aller gesetzlichen Begründung entbehrt, und die Meinung Unterholzners, daß gewöhnliche Zwischenräume zwischen den einzelnen Handlungen nicht als Unterbrechungen des Quasibesitzes betrachtet werden könnten, hat ebenso wenig eine gesetzliche Unterlage, und muß in der Anwendung zu sehr verschiedenen Ansichten und Zweifeln und zu den widersprechendsten Erkenntnissen führen; denn, wer vermag mit Bestimmtheit zu sagen, wo ein Zwischenraum in der Ausübung aufhört ein gewöhnlicher, und anfängt ein ungewöhnlicher zu seyn?

§. 6.

Wir sehen hieraus, wie mißlich es um die analoge Ausdehnung des interd. uti possidetis auf die in positiven Handlungen bestehenden Servituten steht. Aber vielleicht macht sich die Sache bei den remed. recuperandae possessionis leichter? An das interd. deprecario könnte man nur dann denken, wenn der im Besitz einer Servitut sich Befindende einem Dritten die Ausübung jener Servitut überließe, oder auf Bitten des Eigenthümers des dienenden Grundstücks die Ausübung der Servitut unterließe, ihm gestattete etwas zu unternehmen, was die Ausübung hinderte und nun der Dritte die Ausübung der Servitut nicht wieder aufgeben, der Eigenthümer sie dem Berechtigten nicht wieder gestatten wollte. Denn der Fall, wo der Eigenthümer eines Grundstücks einem andern bittweise eine Handlung, die Gegenstand einer Servitut seyn kann, gestattet, gehört nicht hierher, wo wir es blos mit dem Schutz des Besitzes

Digitized by Google

einer Servitut zu thun haben, während dort doch nur der ungestörte Besitz der Sache selbst in Frage steht [1]).

Allein, obgleich auch ein precarium juris anerkannt wird [2]), so steht doch der Möglichkeit eines wirklichen precarii und des damit verbundenen Interdicts entgegen, daß die Ausübung einer Servitut ohne das herrschende Grundstück überhaupt einem Dritten nicht überlassen werden [3]), daß mithin eine solche gesonderte precaria possessio servitutis nicht vorkommen kann, und daß bei dem precario *juris* nach dem Römischen Sprachgebrauch ein jus in re aliena zu verstehen ist, wofür man die erwähnte bittweise Unterlassung einer Servitut nicht ausgeben kann.

Was nun das zweite remed. recuper. poss. das interd. unde vi betrifft, so kann die Nichtanwendbarkeit desselben auf die mehrerwähnten Servituten eigentlich keinem großen Zweifel unterliegen, da in L. 4. §. 27. de usurpat. mit dürren Worten ausgesprochen ist, daß bei Rechten der Art eine dejectio nicht möglich sey,

nec de via quis id est mero jure detruditur,

welche gleichwohl gesetzliche Voraussetzung des interd. unde vi ist [4]).

Auch ist das interd. de vi ein restitutorium, hauptsächlich auf Zurückgabe abgenommener Sachen gerichtet [5]); ein Rechtsmittel wegen Hinderung in Ausübung einer Servitut kann aber der Natur der Sache und seinem Hauptzweck nach nur ein prohibitorium seyn [6]), wenn auch gelegentlich

---

1) Daß aber selbst in dem letztgedachten Fall das interd. de precario wenigstens überflüssig sey, zeigt Savigny a. a. O. §. 46.

2) L. 2. §. 3. L. 3, 15. §. 1. de precario.

3) L. 41. locati. (19, 2.)

4) L. 1. pr. §. 3. sqq. de vi.

5) §. 1. J. de interd.

6) Ueber die wesentlichen Verschiedenheiten beider Interdictsarten, s. Haubold Zeitschr. für gesch. Rechtswissensch. Bd. 3. nr. XII.

Digitized by Google

bei der Verhinderung Sachen des Ausübenden in die Hände des Verhindernden gerathen können, so daß auch ein Anspruch auf Rückgabe und Ersatz als Nebenzweck dabei mit verfolgt werden könnte. Es widerstrebt daher dem wesentlichen Charakter desselben, wenn man es auf jene Verhältnisse ausdehnen will, wie von Vielen geschieht, die sich freilich aber nur mit der kahlen Behauptung der Anwendbarkeit begnügen, ohne in die Sache tiefer einzugehen [1]).

Endlich aber stößt man hier wieder auf die nämlichen Schwierigkeiten, wie bei dem interdictum uti possidetis. Denn da nur der des Besitzes entsetzt werden kann, der sich im Besitz befindet [2]), so wiederholt sich auch hier die Frage, was muß der als Besitzentsetzung anzunehmenden Thatsache vorausgehen, damit der Entsetzte bis zum Eintritt jener Thatsache als Besitzer betrachtet werden könne.

§. 7.

Aus dem bisher Gesetzten ergiebt sich nun, daß die Ausdehnung der zum Schutz des Besitzes körperlicher Sachen gegebenen Interdicte auf die in Handlungen des Berechtigten bestehenden Dienstbarkeiten nicht wohl auszuführen ist, und daß man positiver Bestimmungen bei der Frage nicht entbehren kann, inwiefern die bloße Ausübung, abgesehen vom Recht dazu, des richterlichen Schutzes theilhaftig werden könne und solle.

Alle Verwirrung in dieser Materie dürfte darin ihren Grund haben, daß man aus der hier und da in den Quellen vorkommenden Erwähnung einer possessio bei juribus in re Folgerungen zog, zu welchen man nicht berechtigt war. Man glaubte nämlich, wenn einmal bei Rechten ein Besitz oder Quasibesitz angenommen werde, so müßte nothwendig auch die ganze Besitzlehre, wie sie bei körperlichen Sachen ausge-

1) Voet. Comm. L. 43. T. 16. §. 2.

2) L. 1. §. 9. 23. de vi (43, 16.)

Digitized by Google

bildet erschien, analog auf den sogenannten Quasibesitz nach allen Beziehungen ausgedehnt werden. Ich will hier nicht von jenen reden, die bei allen und jeden Befugnissen, auch den rein obligatorischen, einen Quasibesitz annehmen, auch die, welche den Quasibesitz auf jura in re beschränken, gehen in der Anwendung zu weit. Es wurden von den Römern wohl auf die jura in re Rechtsinstitute angewendet, bei welchen, in der Anwendung auf körperliche Dinge, von Besitz mehrfach die Rede war. So die longi temporis praescriptio, die publicianische Klage, endlich mehre specielle Interdicte zum Schutz der Ausübung. Nichts war natürlicher, als daß die Doctrin die Ausdrücke possidere possessio auch bei den juribus in re gebrauchte, um damit etwas der vera possessio Aehnliches auszudrücken, ob schon auch das Unähnliche beider Verhältnisse ihr nicht entgehen konnte, was denn wirklich auch sehr häufig mit dem Beisatz quasi oder velut angedeutet wurde [1]). Es sind aber nicht jene Rechtsinstitute in Folge der weitern doktrinellen Ausbildung der possessio auf die jura in re ausgedehnt, sondern es sind nur, nach dem Bedürfniß oder andere Gründe die Anwendung jener Rechtsinstitute auf jura in re herbeigeführt hatten, die bei dem Besitz körperlicher Sachen üblichen Ausdrücke auf jene Verhältnisse übertragen worden [2]).

Auffallen muß es schon, daß in den Pandekten, welche so genaue und vielseitige Betrachtungen über Erwerb, Fortdauer und Verlust des wahren Besitzes enthalten, so gar wenig oder eigentlich nichts über diese Verhältnisse beim

1) L. 23. §. 3. ex quib. caus. maj. (46.) L. 10. pr. si serv. viud. (8, 5.) L. 3. §. 17. de vi (43, 16.) pr. J. de interd. (4, 15.) L. 18. §. 1. de her. pet. (5, 3.) L. 5. §. 3. L. 7. de itinere (43, 19.) L. 2. §. 3. de precario (43, 26.) L. 4. uti poss. (43, 17.)

2) Roßhirt a. a. O. §. 4. nimmt ebenfalls an, daß die besondern Interdicte über Wege- und Wassergerechtigkeiten früher gegeben waren, als von einer *quasi* possessio die Rede war.

Digitized by Google

Quasibesitz vorkommt [1]), was denn wohl den Schluß rechtfertigt, daß eben auch die Schriften der Klassiker darüber nichts enthielten, und würden diese wohl über diesen Gegenstand geschwiegen haben, wenn sie analoge Anwendung der Lehre von der vera possessio auf den Quasibesitz für statthaft erachtet hätten? Und so berechtigt uns nichts, blos wegen der oben erwähnten Uebertragung der Ausdrücke auch die ganze Besitzlehre auf einen widerstrebenden Gegenstand zu übertragen. Es wäre das eben so unrichtig, als wenn man, weil bei mehrern juribus in re die Ausdrücke dominium, proprietas als das Recht selbst bezeichnend vorkommen [2]), oder weil von einem dominium litis die Rede ist [3]), nun auch die ganze Lehre vom Eigenthum auf jene jura in re und auf Prozesse anwenden wollte.

§. 8.

In der That läßt sich auch gerade bei den Interdicten zeigen, daß ungeachtet dabei auch der Ausdruck possidere jus vorkommt, und Besitz erfordert zu werden scheint, (L. 7. de itinere) dennoch alle Analogie der vera possessio verleugnet wird. Denn es werden

a) die Interdicte auch dem gegeben, welcher in der letzten Zeit vor der Anstellung die Dienstbarkeit vi, clam oder precario übte [4]), während mit dem interdicto uti possidetis, der nicht durchdringen kann, der zur Zeit der Klageerhebung vi, clam oder precario besaß [5]) und auch bei dem int. unde vi war das wenigstens früher der Fall [6]).

1) Kaum kommt die Bemerkung vor: usum juris pro traditione possessionis esse in L. 20. de serv. (8, 1.)

2) L. 3. si ususfr. pet. (7, 6.) L. 2. §. 2. de interd. (43, 1.) L. 15. §. 8. quod vi (43, 24.)

3) L. 22. 23. C. de procurat. (2, 13.)

4) L. 1. §. 1. 2. de itinere. L. 2 3. eod. L. 1. §. 20. de aqua quot. (43, 20.)

5) L. 1. pr. §. 5. 9. L. 3. pr. uti possidetis.

6) Savigny a. a. O. §. 40.

Digitized by Google

b) Es wird bei diesen Interdicten nicht gefragt und untersucht, ob der Besitz nur gestört oder aufgehoben sei, sondern es sind eben dabei nur positive Bestimmungen gegeben, unter welchen Voraussetzungen die bloße Ausübung einer Servitut auch ferner richterlich geschützt werden soll (s. §. 27.). Die meisten Rechtslehrer glauben zwar, diese Interdicte zu einer der beiden Gattungen zählen zu müssen [1]) aber weit richtiger sagt Donellus [2]):

eaque interdicta proposita non sunt possidenti, sed ei qui hoc anno usus est.

c) Auch der kann sogar die speciellen Interdicte anstellen, der die Dienstbarkeit noch gar nicht ausgeübt, also deren Quasibesitz noch gar nicht gehabt hat, wenn das nur bei seinem Erblasser oder autor der Fall war [3]). Die vera possessio geht aber nicht ipso jure auf den Erben oder Singularnachfolger über [4]), daher kann derselbe auch, bevor er nicht selbst Besitz ergriffen hat, nicht im Besitz gestört, nicht daraus verdrängt werden. Wenn also nach dem Tode des Erblassers oder nach der Veräußerung von Seiten des frühern Besitzers ein Dritter an der Sache sich Verfügungen erlaubt, oder den Nachfolger mit Gewalt vom Betreten des Grundstücks abhält, was sonst bekanntlich als dejectio gilt [5]), so kann letzterer weder das interdictum uti possidetis noch unde vi anstellen. Es folgt das noth-

---

1) Menoch. de ret. poss. V—VIII. Lauterbach coll. L. 43. T. 19. §. 2. Tit. 20. §. 12. Tit. 21. §. 2. Tit. 22. §. 2. Schweppe R. Pr. R. §. 561.

2) ad L un. C. uti possid.

3) L. 2. §. 3. de interd. (43, 1.) L. 3. §. 6. 9. 10. L. 5. §. 2. de itinere (43, 19.) L. 1 §. 37. de aqua quot. (43, 20.) L. 2. §. 3. si servit. vind. (8, 6.)

4) L. 23. pr. de acq. poss. (40, 2.) L. 1. §. 15. si is, qui testam. liber. (37, 4)

5) L. 6. §. 1. L. 7. 25. §. 2. de aeq. poss. L. 1. §. 24. L. 12. de vi.

Digitized by Google

wendig daraus, daß nur der wirkliche Besitzer das interd. uti possidetis hat [1]), und daß, wer das interd. unde vi anstellen will, Besitzer gewesen sein muß [2]).

Für das interd. unde vi giebt es aber noch zwei ausdrückliche Beweisstellen, die

L. 1. §. 26. und L. 3. §. 14. de vi.

Spricht gleich die letzte Stelle vom Nutznießer, mithin von einem juris possessor, so ist sie doch für obigen Satz beweisend, weil die possessorischen Rechtsmittel bei persönlichen Servituten gleich denen der vera possessio auf einem Inhaben der Sache selbst beruhen.

Daß übrigens sowohl das int. uti poss. als unde vi, soweit sie auf Restitution und Schadensersatz gerichtet sind, auf den Erben übergehe, wenn der Erblasser gestört oder verdrängt wurde [3]), steht damit nicht in Widerspruch, weil da das Interdikt, also das obligatorische Verhältniß, schon in der Person des Erblassers vollkommen begründet ist, nicht erst in der Person des Erben begründet werden muß.

d) Die Specialinterdikte erfordern in der Regel guten Glauben des Klägers [4]), während auf denselben bei der vera possessio bekanntlich gar nichts ankömmt, denn das Erforderniß der Abwesenheit der Besitzmängel ist ganz etwas anders als der gute Glaube [5]).

e) Der Nutznießer begründet durch seine Ausübung für den Eigenthümer die Specialinterdicte nicht [6]), obschon dessen Ausübung für wirksam gilt, um dem Eigenthümer den Besitz der Sache selbst zu erhalten [7]).

---

1) L. 1. §. 1. 4. 6. uti poss. §. 4. in f. J. de interd.

2) L. 1. §. 9. de vi.

3) L. 1. §. 44. de vi. Albert über das interd. uti poss. §. 159. 160.

4) s. unten §. 21.

5) Albert über den Besitz unkörperlicher Sachen §. 135. flg.

6) L. L. 3. § 4. de itinere.

7) L. 9. de acq. poss.

Digitized by Google

§. 9.

Gewiß ist es demnach richtiger, wenn man sich genau an die Aussprüche der Quellen hält, und in der Erweiterung der Besitzlehre nicht weiter geht, als die römischen Juristen, die doch sonst in der Anwendung der Rechtssätze auf ähnliche Fälle nicht gerade sehr ängstlich waren, und daher sicher auch den mit der vera possessio verbundenen Rechtsmitteln bei den in Handlungen des Berechtigten bestehenden Servituten utiliter Geltung beigelegt hätten, wären sie nicht durch die oben herausgesetzten Schwierigkeiten in der Anwendung und das in der wesentlichen Verschiedenheit der Rechsverhältnisse liegende Wiederstrebende davon abgehalten worden. Sonach muß man die Zulässigkeit des interd. uti possidetis oder unde vi utilis bei den in Handlungen des Berechtigten bestehenden Servituten schlechterdings leugnen.

§. 10.

Bis jetzt haben wir uns blos mit dem römischen Recht beschäftigt.

Sehen wir nun, welchen Einfluß das kanonische und deutsche Recht auf den in Frage stehenden Gegenstand hat.

Hier tritt uns denn zunächst die bekannte Eintheilung des Besitzprozesses in das possessorium ordinarium und summarium oder summariissimum entgegen. Durch die lange Dauer der Besitzprozesse und die Besorgniß von Thätlichkeiten unter den Partheien veranlaßt, kam in der Praxis schon lange der Satz auf, der nachher in den Reichsgesetzen [1]) Bestätigung fand, daß das Gericht aufgefordert oder von Amtswegen das factum possessiones höchst summarisch untersuchte, dem Einen, der die letzten ruhigen Besitzhandlungen für sich hatte, den Besitz zusprach, und dem Andern nach-

1) E. Q. O. v. 1555. Th. II. T. 21. §. 3. Conz. Camm. Ger. Ord. Th. II. T. 22. §. 4. 5.

Digitized by Google

ließ, im Petitorium oder selbst im Possessorium sein Recht weiter auszuführen, d. h. diejenigen Momente, welche für ihn den Obsieg im Besitzprozeß herbeiführen mußten, welche aber nicht so schnell bewiesen und daher in jenem höchst summarischen Verfahren nicht beachtet werden konnten, mit den geeigneten Rechtsmitteln geltend zu machen. Zum Unterschied vom summarium nannte man dann das zuletzt erwähnte Prozeßverfahren über den Besitz possessorium ordinarium.

In der Praxis hat sich aber die Rücksicht auf die eigentliche Veranlassung des Summariissimi — die Besorgniß von Gewaltthätigkeiten — verloren, man verlangt diese Voraussetzung nicht mehr, selbst in die Landesgesetze ist sie nicht mit übergegangen, und so erfordert man nichts weiter zur Begründung des deßfallsigen Gesuches als die Berufung auf die jüngsten ruhigen Besitzhandlungen von Seiten des Klägers und auf Störungen von Seiten des Beklagten. Auch hat es im Laufe der Zeiten und durch die Vorschriften der Landesgesetze über den Prozeßgang den Charakter eines Provisoriums [1]) größtentheils verloren, und es macht sich daher oft nothwendig, daß man, wo wirklich Gewaltthätigkeiten zu besorgen sind, während der Verhandlung über das summariissimum eine Provisionalverfügung treffen muß!

Es ist eine gewöhnliche Behauptung, daß die ganze Eintheilung sich nur auf die remedia retinendae possessionis beziehe, und daß das summariissimum eben nur eine vorläufige, das ordinarium eine vollständige Verhandlung über den gegenwärtigen Besitz sey [2]).

In Ansehung des Summariissimi läßt sich nun das auch nicht bestreiten, da der Kläger dadurch Schutz bei dem

1) Boehmer de act. S. II. c. 4. §. 14. 15.

2) Boehmer c. l. Danz Summ. Proz §. 14. Linde Prozeß §. 343. Savigny a. a. O. §. 51. Bayer Summ. Proz. §. 65. 68.

Digitized by Google

Besitz verlangt gegen die Störungen des Gegners, nicht Wiedereinsetzung in den verlornen Besitz. Und so hat denn auch das Summariissimum die Eigenschaft der duplicitas [1]). Was dagegen das ordinarium anlangt, so kann derjenige, welcher im Summariissimo unterlag, sich in der Lage befinden, daß er eines remedii retinendae possessionis sich nicht mit Erfolg bedienen kann, weil er den juridischen Besitz in der That nicht hat.

Man denke sich, daß Jemand ein Grundstück verpachtet hat, daß der Pachter nach Ablauf der Pachtzeit die Rückgabe verweigert, und dem Verpachter die Betretung des Grundstücks verwehrt, und da der letztere wiederholte Versuche macht, den Besitz zu behaupten — gegen ihn das summariissimum anstellt und darin obsiegt. Offenbar kann der Verpachter das interd. uti possidetis nicht anstellen, denn durch die Verhinderung an der Betretung des Grundstücks von Seiten des Pachters, hat der Verpachter den juridischen Besitz verloren, und der Pachter derselben, ob auch gewaltsamer Weise erworben [2]). Der Verpachter kann daher nur das interdictum de vi also ein remedium recuperandae possessionis anstellen. Dasselbe würde eintreten, im Fall eines precarii, wo der precario concedens, der im possess. summariissimo unterlag, ebenfalls nur das interd. de precario anstellen kann [3]). Warum man nun in diesen Fällen den über beide Interdicte verhandelten Prozeß nicht das possessorium ordinarium im Gegensatz von der vorausgehenden summarischen Verhandlung über den jüngsten Besitz

1) Bayer a. a. O. §. 67. Note 8. die Meinung Strubens Th. 1. Bd. 141. daß auch die Spolienklage im summariissimo verhandelt werden könne, hat keine Anhänger gefunden.

2) L. 12. de vi.

3) Es ist merkwürdig, daß Boehmer c. l. §. 15. diesen Fall als Beispiel des poss. ordinarii selbst anführt, obgleich hier offenbar das int. uti possid. nicht Platz greifen kann.

Digitized by Google

nennen konnte und dürfte, das ist denn doch nicht abzusehen, und darum hat Leyser nicht Unrecht, wenn er sagt [1]):

> solas retinendae possessionis causas possessorii summarii, *ceteras omnes* ordinarii objectum esse.

§. 11.

Wichtiger als der Name ist die Frage, ob und wie sich das possessorium ordinarium in materieller Hinsicht, (denn die Prozeßform interessirt uns hier nicht weiter) von den im römischen Recht begründeten Besitzklagen unterscheide.

Gewöhnlich wird dann gesagt, daß es dabei auf dem ältern und rechtmäßigern oder bessern Besitz ankomme, ohne jedoch diese Worte näher zu erklären. Was nun das Alter betrifft, so gründet sich diese Annahme auf das bekannte cap. 9. X. de probat. (2, 19.) und manche Rechtslehrer behaupten darauf gestützt im vollen Ernst; daß eben das höhere Alter, wäre es auch nur von einer Stunde, entscheidend sey [2]).

Schon Böhmer [3]) lehrte, daß in jener Decretale nichts Neues eingeführt sey, und auf das überzeugendste hat das Savigny [4]) dargethan. Gleichwohl findet sich diese (offenbar das materielle Klagrecht betreffende) Hinweisung auf den Vorzug des Alters noch in den neuesten Lehrbüchern des Prozesses [5]), so daß man danach glauben könnte, es müsse unbedingt in poss. ordinario der obsiegen, welcher die ältesten Besitzhandlungen für sich anführen könne.

---

1) spec. 499. med. 1. Schaumburg pr. pr. S. II. c. 4. §. 2. braucht gar den Ausdruck ordinaria nur von den remediis adip. et recuper. possessionis, und bezieht auf die retinenda possessio nur das Summariissimum.

2) Berger el. pror. poss. § 2.

3) Exerc. ad. Pand. T. V. ex. 90. cap. 2. §. 3.

4) a. a. O. S. 617. (ed. 6.)

5) Linde Lehrb. §. 343. Martin Lehrb. §. 259. (ed. 11.) Mittermaier der gem. deutsche Proz. Beitr. IV. S. 215. Kori Summ. Proz. §. 133.

Digitized by Google

Zu welchen Ungereimtheiten das führen muß, liegt auf der Hand, da demnach auch der jüngere rechtmäßigste Besitzer jedem weichen mußte, welcher früher einmal die Sache besessen hatte, ja es könnte sogar ein Verjährungsbesitz gegen den Vorzug des Alters nicht schützen, wie denn in der That in dem erwähnten Cap. 9. ein vor sechzig Jahren geübter Besitz als der entscheidende betrachtet wird, daher nach der frühern Praktiker irrthümlichen Ansicht von jener Stelle die zuletzt berührte Folgerung sogar einen ausdrücklichen Gesetzesausspruch für sich hätte. Gönner[1]) fühlte wohl das Ungereimte der Folgerung, konnte sich aber von der ältern Ansicht nicht los machen, und wußte sich nicht anders zu helfen, als daß er die 60 Jahre ohne Weiteres einen Rechnungsfehler des Pabstes nennt, über dreißig Jahre hinaus keinen Besitz beachtet, und in Ansehung der Besitzzeit bis zu 30 Jahren nach einem arithmetischen Verhältniß entschieden wissen will. Diese Behauptungen stehen aber ganz in der Luft und beruhen alle auf reiner Willkühr.

Nicht mehr Trost findet man, wenn man fragt, woran der rechtmäßigere und bessere Besitz erkannt werde. Manche deuten in dieser Beziehung auf den titulus possessionis hin[2]).

Allein schon Böhmer[3]) erklärte den Beweis des Titels für unnöthig, und Kori[4]) sagt mit Recht, daß dadurch der Besitzstreit in das Petitorium übergehe, und es scheint von den neuern Rechtslehrern diese Meinung verlassen zu

1) Proz. Bd. IV. obs. 81. §. 16.

2) Hommel de processu poss. summ. qu l. 2 Hellfeld jur. for. §. 1836. Gönner a. a. O. §. 15. Selbst Mittermaier a. a. O. S. 214 erfordert zur Klagschrift die Anführung des gehörigen titulirten Besitzes, sagt aber doch weiter unten: der Erwerbstitel des Besitzes brauche in der Klagschrift noch nicht angegeben zu werden. Ob späterhin darauf etwas ankomme, wird nicht gesagt.

3) de act. S. II. c. 4. §. 15.

4) a. a. O. §. 133.

seyn, indem sie die Rechtmäßigkeit des Besitzes lediglich auf das Absеyn der Besitzfehler (das nec vi nec clam nec precario) zurückführen [1]), welche zwar auch im summariissimo nicht für schlechterdings unerheblich zu achten sind, aber wegen des dort erforderlichen sofortigen Beweises wohl selten so dargethan werden, daß der Richter bei der Entscheidung darauf Rücksicht nehmen kann [2]).

Daraus ergiebt sich denn, daß das sogenannte possessorium ordinarium (in dem auf rem. ret. possessionis beschränkten Sinn) nichts anders ist, als die vollständige Verhandlung des interd. uti possidetis bezüglich utrubi, was in der That schon Böhmer mit dürren Worten aussprach [3]) Claproth [4]) und Grolman [5]) andeutete, und neuerlichst Savigny [6]) und Bayer [7]) noch mehr herausgesetzt haben, wobei nur zu bemerken ist, daß auf Alter und Titel bei zweifelhaften Besitzverhältnissen als Vermuthungen für den juridischen Besitz Rücksicht genommen wird, ohne darum unbedingt den ältern oder titulirten Besitz dem jüngern bezüglich titellosen vorzuziehen.

§. 12.

Da die meisten Rechtslehrer das interd. uti possidetis als utile für jede juris possessio anwenden, so konnten sie natürlich nicht einen Augenblick anstehen, auch die Eintheilung in ordinarium und summariissimum auf jene Verhält-

1) Boehmer c. l. Claproth summ. Proz. §. 234. Danz summ. Proz. §. 15. besonders Bayer summ. Proz. §. 68.

2) Leyser sp. 508. m 4. 5. Claproth a. a. O. §. 43. Schweppe Röm. Pr. R. §. 559. Bayer a. a. O. §. 67.

3) c. l. ordinarium possessorium est *illud ipsum* interdictum uti possidetis . . . Et ita in hoc remedio interdictum uti possidetis plenius expenditur.

4) a. a. O. §. 238.

5) Theorie §. 238.

6) a. a. O. §. 51.

7) a. a. O. § 68.

Digitized by Google

nisse zu übertragen, und es erwähnen auch die Reichsgesetze und wohl alle Landesgesetzgebungen bei dem Summariissimo der „Possession *vel quasi.*" Und in der That liegt die Nothwendigkeit provisorischer Verfügungen bei der Ausübung von Gerechtsamen eben so gut vor, als beim Besitz körperlicher Sachen. Fragen wir aber unter welchen Voraussetzungen der Berechtigte Schutz in der Ausübung seiner Befugniß hoffen darf, so unterscheiden sich die persönlichen Servituten in dieser Hinsicht von der vera possessio nicht. Was aber die in positiven Handlungen des Berechtigten bestehenden Servituten betrifft, so kann man in Ansehung der bloßen Thatsache der Ausübung an sich nichts Weiteres verlangen, als was erfordert wird, wenn definitiver Schutz bei der fernern Ausübung gegeben werden soll.

Es wird daher namentlich bei den Weg- und Wassergerechtigkeiten nothwendig seyn, daß die jüngste ruhige Besitzhandlung innerhalb der durch die Gesetze [1]) bestimmten Zeiträume falle, denn es würde widersprechend erscheinen, wollte man sich hier im jüngsten Besitzproceß mit einer ältern Handlung begnügen, die gesetzlich für nicht hinreichend erklärt ist, überhaupt ein Recht auf fernern Schutz bei der Ausübung zu begründen. Eine andere Frage aber ist es, ob auf die nach jener ruhigen Handlung des angeblich Berechtigten vom Gegner, namentlich vom Besitzer der angeblich dienenden Sache vorgenommenen Handlungen im poss. summariissimo etwas ankommen könne.

Man denke sich den Fall, daß A seine Heerde noch im vorigen Jahre einmal auf das Grundstück des B zur Tränke treiben ließ, daß dieser aber nachher das Grundstück mit einem Zaun umgab, und so das Eintreiben des Viehes un-

1) L. 1. pr. §. 3. de itinere. L. 1. pr. §. 29. 33—36. de aqua quot. L. 1. pr. §. 9. de rivis. L. un. pr. de fonte.

Digitized by Google

möglich machte. Man könnte sich versucht fühlen, dies Einzäumen als die jüngste ruhige Besitzhandlung des Gegners zu betrachten, und daher dem Letztern im summariissimo zu schützen. Allein, wenn man den Grundgedanken festhält, daß das summariissimum eben nur eine vorläufige und schleunige Verhandlung des eigentlichen possessorischen Rechtsmittels ist, so muß man auch zugeben, daß, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen die Ausübung einer servitus in patiendo geschützt wird, dieser Schutz dadurch nicht vereitelt werden kann, daß später eine die Ausübung hindernde Handlung des Gegners vorgekommen ist, vielmehr wird diese nur als das factum turbativum zu betrachten seyn, welches eben durch die possessorischen Rechtsmittel beseitigt werden soll.

Auf die für diese Interdicte vorgeschriebenen Qualificationen der Ausübungshandlungen (des non vi, clam, precario u. s. w. s. unten §. 20. 21. 22.) wird es dagegen im possessorio summariissimo nicht ankommen, wenn dieselben nicht durch — in dieser Prozeßart zulässige — Beweismittel sofort dargethan werden.

Das possessorium ordinarium bei den Servituten der gedachten Art wird nun freilich nicht das interdictum uti possidetis seyn können, wie bei der vera possessio und den persönlichen Servituten, sondern es wird in den Specialinterdicten, die für diese Servituten gegeben sind, bestehen. In Ansehung der Servituten aber, für welche solche Interdicte im römischen Recht nicht gegeben sind, kommt man immer wieder auf die Frage zurück, ob und wie bei ihnen die bloße Ausübung geschützt wird, und für diese Frage giebt die Eintheilung der Besitzrechtsmittel in das possess. ordinarium und summariissimum keine Antwort.

§. 13.

Eine zweite neue Erscheinung aus dem Nichtrömischen Recht ist die *actio spolii*, deren Ursprung die Praxis im

kanonischen Rechte, Mittermaier [1]) dagegen in den Sitten germanischer Volksstämme sucht. Bekannt ist, was für ein wunderliches alle frühern gesetzlichen Bestimmungen über Besitz und possessorische Rechtsmittel umstürzendes Phantom die Praxis in dieser actio spolii aufgestellt, wie sie eine Menge rein petitorische Verhältnisse in deren Kreis gezogen, und sogar die Ungereimtheit bis zu einem spolio usurarum [2]) gesteigert hat. Es ist hier nicht der Ort, alle diese Verirrungen der Bequemlichkeit und Willkühr zu verfolgen, und den Ungrund der meisten derselben zu zeigen, sondern es genüge in dieser Beziehung auf Ziegler [3]), Böhmer [4]) und Savigny [5]) zu erweitern.

Die neuern Rechtslehrer sind jedoch von diesen Verirrungen meistens zurückgekommen, und nehmen an, daß das kanonische Recht gar kein neues Rechtsmittel eingeführt, sondern nur das römische interdictum unde vi in einigen wenigen Punkten erweitert habe [6]). Darunter rechnen sie denn auch die Ausdehnung desselben auf die juris possessio, und dieß ist der Punkt, der uns hier interessirt und darum näher betrachtet werden muß. Fragen wir zuerst nach der gesetzlichen Begründung dieser Ausdehnung, so verweist man auf c. 2, 3, 7, 8, 10, 17. X. de rest. spol. (2, 13.) und auf c. 2. eod. in VIto. (2, 5.) Von allen diesen Stellen hat

---

1) Beiträge Bd. IV. S. 196. flg.

2) S. Heimburg de spolio usurarum Jenae 1747. der übrigens dasselbe bestreitet.

3) ad Canon. redintegranda et ad tit. decret. de rest. spoliat. Wittenberg 1675.

4) J. Eccl. prat. L. II. T. 13. und Exerc. ad Pand. T. V. exc. 91. §. 2. sqq.

5) a. a. O. §. 49. 50.

6) Schweppe R. Pr. §. 561. Wening-Ingenheim. Lehrb. Bd. III. §. 250. Puchta über die gerichtlichen Klagen §. 62. Mühlenbruch Lehrb. d. Pandekten §. 236. Nur Thibaut Syst. §. 230. hat die alte Lehre beibehalten.

Digitized by Google

auch nicht eine einzige ein Römischrechtliches jus in re, mit denen allein wir uns dermalen noch beschäftigen, sondern sie haben theils gar keine jura in re (c. 8, 10.) theils solche zum Gegenstand die erst in den spätern Zeiten entstanden sind, und von denen weiter unten die Rede seyn wird.

Auch die Reichsgesetze [1]) haben es nur mit dem Prozeß zu thun und verweisen in Ansehung des Materiellen auf die gemeinen beschriebenen Rechte.

Abgesehen von diesem gänzlichen Mangel gesetzlicher Begründung wird man zwar bei der Anwendung der sogenannten Spolienklage auf emphyteusis und superficies sowie auf persönliche Servituten nicht in Verlegenheit kommen, weil man dabei nur die vom Interd. unde vi — der gesetzlichen Grundlage jener Klage — geltenden Rechtssätze anzuwenden hat.

Allenfalls läßt sich das auch von den Servituten sagen, die in einer mit einem Gebäude verbundenen Vorrichtung bestehen. Denn obgleich das römische Recht dabei nur eine Störung im Besitze des Gebäudes selbst anerkannt, und deshalb das interdictum uti possidetis giebt [2]), so läßt sich doch hier der gänzliche Verlust des Quasibesitzes der Servitut wenigstens denken, da man dem gewiß keine Fortsetzung des Quasibesitzes beilegen kann, dessen projectio, oder protectum über des Nachbars Grund und Boden von diesem ganz weggenommen oder gestört worden ist, so daß hierbei von einer recuperanda quasi possessione durch Wiederherstellung des vorigen Zustandes — und ein rem. recuperandae pssessionis soll ja die Spolienklage seyn — ganz füglich die Rede seyn könnte.

Allein bei den Servituten, die in abgesonderten Handlungen des Berechtigten auf fremden Eigenthum bestehen,

---

1) Camm. Ger. Ordn. Th. 2. T. 8. und Th. 3. T. 3. 5. 6.

2) L. 20. de serv. pr. urb. (8, 2.) L. 2. §. 6. uti possid. 43, 17.)

Digitized by Google

ſtößt man auf dieſelben Schwierigkeiten, die oben §. 4. 5. 6. rückſichtlich des interd. uti possidetis und unde vi und ihrer Anwendung auf derartige Servituten dargelegt worden ſind. Denn da alle Rechtslehrer behaupten, der Kläger müſſe im Beſitz zur Zeit des Spoliums geweſen ſeyn, ſo wiederholen ſich hier die oben §. 4. beleuchteten Fragen, wann das bei jenen Rechten anzunehmen und wann der Quaſibeſitz für verloren zu halten ſey, Fragen, deren Beantwortung man bei jenen Rechtslehrern vergeblich ſucht, denn ſelbſt der unbewieſene und unerweisliche Ausſpruch Menochs[1]) und anderer

> probare sufficit, se *olim* possedisse, quia junior possessio pro vitiosa habetur

wollte man ihn auch auf die quasi possessio anwenden, führt in ein Labyrinth von Willkührlichkeiten, aus welchem kein Ariadneiſcher Faden rettet. Ich kann daher Savigny nicht beiſtimmen, wenn er in der Spolienklage eine practiſche Vermittelung der Streitfrage erblickt, ob auf die Prädialſervituten, für die das interd. uti possidetis nicht paßt, und doch auch keine beſondern Interdicte eingeführt ſind, die römiſchen Interdicte gleichwohl angewendet werden ſollen oder nicht[2]). Was er S. 632 und 633 von der von ihm verworfenen Anwendung der Spolienklage auf das von den römiſchen Interdicten wirklich beherrſchte Gebiet ſagt:

> daß ſie zu einer grenzenloſen Verwirrung führe, daß nur noch die Willkühr den Knoten zerhauen könne, und daß man bei einer conſequenten Durchführung der Spolienklage in der von Vielen vertheidigten endloſen Erweiterung auf Fälle kommen werde, in welchen ſelbſt die Vertheidiger vor der Anwendung zurückſchrecken würden,

---

1) de re cup. poss. remed. XV. nr. 383. sqq.

2) a. a. O. S. 631. (ed. 6.)

Digitized by Google

paßt auch auf die von ihm gebilligte Anwendung. Daß bei diesen Rechten sich die Störung des Besitzes von der Aufhebung nicht so scharf trennen läßt, (Savigny S. 631. Not. 1.) kann man an sich nicht zugeben, denn wenn der Besitz eines Rechts in der Ausübung besteht, so lassen sich recht gut die Fälle sondern, wo die Ausübung blos erschwert, beunruhigt oder zum Theil verwehrt, und wo sie ganz verhindert wird, obschon es richtig ist, daß bei den für einzelne Servituten der Art wirklich gegebenen Interdicten jene Fälle nicht unterschieden werden (siehe §. 8. b und §. 27). Könnte oder wollte man aber auch jenen Unterschied nicht annehmen, so würde das in Ansehung der Anwendbarkeit der Spolienklage die Sache nicht ändern. Denn immer fragt es sich, wie müssen die Handlungen beschaffen, wann müssen sie geschehen seyn, damit ihre fernere Ausübung richterlichen Schutz finde, und darauf geben die Decretalen keine Antwort. Will man aber die Sätze, die viele Praktiker über die Fortdauer des Besitzes und die Verjährung der Spolienklage aufstellen, consequent durchführen, so würde man z. B. die Klage für statthaft erklären müssen, wenn einer vor 60 Jahren einmal sein Vieh auf des Nachbars Wiese gehütet hätte, 30 Jahre später es wieder versuchen will, aber vom Nachbar verjagt wird, und nun vor völligem Ablauf der anderweiten 30 Jahre deßhalb Spolienklage anstellen wollte!

§. 14.

Sonach möchte denn auch in der sogenannten Spolienklage keine Hülfe für die mehrerwähnten Servituten in Ansehung des Schutzes der bloßen factischen Ausübung zu finden seyn. In der That liegt aber, auch für unsere Zeit, ein dringendes praktisches Bedürfniß eines possessorischen Schutzes der gedachten Dienstbarkeiten nicht vor, und es ist nur ein Vorurtheil, ein blindes Kleben an hergebrachten Meinungen, wenn gar viele Sachwalter glauben, die Sache

Digitized by Google

ihrer Clienten auf's Aeußerste zu gefährden, versuchten sie nicht erst in allen Arten des Besitzprozesses ihr Heil, während sie in der Regel das wahre Beste derselben weit mehr durch sofortige Anstellung des petitorii fördern würden.

Zuvörderst ist es mit der Schnelligkeit des Besitzprozesses nicht weit her. Selbst das Summariissimum dauert Jahre lang, da man dabei alle möglichen Rechtsmittel wenn gleich ohne Suspensiveffect zuläßt [1]). Kömmt es nun zum ordinarium, so können darüber — da von manchen Prozeßlehrern und Gerichten der ordentliche Prozeßgang dabei angewendet wird [2]) — wiederum mehre Jahre verstreichen, ehe der Kläger zu seinem Ziele gelangt, und dann hat er noch die Aussicht auf die Negatorienklage des Gegners, wo er dann doch noch den Beweis, daß ihm das angesprochene Recht auch wirklich zustehe, zu führen hat [3]), und wenn er denselben verfehlt — die Frucht aller jahrelangen Mühe, und aufgewendeten Kosten dennoch wieder sich aus den Händen schlupfen sieht. Unterliegt er aber im Besitzprozeß, so hat er Zeit und Kosten ganz umsonst verloren, und muß nun erst mit dem Petitorium hervortreten, das in den meisten Fällen in dem nemlichen Zeitraum beendigt worden seyn würde, welchen die Verhandlung des Summariissimi und ordinarii erforderte. Denn gründet sich das Recht des Klägers auf Vertrag, letzten Willen oder richterliches Zuerkenntniß, so wird es ihm wohl an unkundlichen Beweisen nicht fehlen, welche schneller verhandelt werden als der Zeugenbeweis, durch welchen gewöhnlich der Besitz dargethan wird. Muß er aber aus Mangel an solchen Erwerbsgründen zur erwerbenden, namentlich zur unverdenklichen Verjäh-

1) Savigny a. a. O S. 652. erwähnt eines Summariissimi, das in 12 Jahren noch nicht beendigt war.

2) Wernher P. VII. obs. 44. Kori summ. Proz. §. 183. Linde Lehrb. §. 343. Not. 4.

3) S. oben §. 4. S. 151 Note 1.

Digitized by Google

rung seiner Zuflucht nehmen, was der gewöhnliche Fall bei Rechten der Art ist, die sich aus alten Zeiten herschreiben, so er wird für den Beweis der langjährigen Ausübung schwerlich andere Zeugen oder überhaupt andere Beweismittel haben, als die, welche er im ordentlichen Besitzprozeß gehabt hat, besonders so lang man noch an dem alten Mißverständniß [1]) des c. 9. X. de probat. hängend im ordinarium auf das Alter des Besitzes großes Gewicht legt, und deshalb sich bemüht, Besitzhandlungen bis zu 40 und 50 Jahren hinauf nachzuweisen — eine Zeit, welche vollkommen hinreicht, um die praescriptio longissimi temporis zu begründen.

So ist es denn gewiß, daß durch Anstellung des possessorii bei Servituten kein besonderer Vortheil erreicht, wohl aber möglicher Weise unnützer Zeit- und Kostenverlust herbeigeführt wird, welcher sich freilich auf Seiten der Anwälte in Gewinn verwandelt.

Anders ist es, wenn es sich um eine Sache selbst handelt, da gewährt der Besitz den großen Vortheil, daß selbst der von allem wirklichen Recht verlassene Besitzer die Sache behält, wenn der gegen ihn petitorisch auftretende Gegner sein Recht nicht beweist [2]).

§. 15.

Hält man aber einmal den Mangel eines possessorischen Rechtsmittels bei den erwähnten Servituten für einen ganz unleidlichen, obwohl er es nach obiger Darstellung nicht ist, und will man um jeden Preiß ein die bloße Ausübung schützendes Rechtsmittel, dann bleibt nichts übrig, als nach einer passenden Analogie im römischen Recht sich umzusehen, da das canonische Recht in Wahrheit eigene neue Rechts-

1) vergl. Savigny a. a. O. § 51. Bayer summ. Proz. §. 68.

2) L. f. C. de rei vind. (3, 32.) L. 24. D. eod. (6, 1.) L. 2. in f. C. de prob. (4, 19.)

Digitized by Google

mittel wie schon bemerkt, nicht geschaffen hat. Auch Savigny[1]) antwortet auf die sich selbst aufgeworfene Frage, nach welchen Regeln die sogenannte Spolienklage bei der Anwendung auf die gedachten Servituten behandelt werden solle

daß lediglich die Analogie des römischen Rechts hier einen festen Boden geben könne.

Allein warum soll man die Grundsätze des römischen Rechts erst durch das trübe medium des canonischen Rechts und einer schwankenden Praxis ziehen, warum sie nicht unmittelbar zur Anwendung bringen, ohne sie mit dem ohnehin nicht einmal gesetzlichen Namen einer actio spolii zu verhullen?

Nun wirft sich aber die Frage auf, woher diese Analogie zu entnehmen sey? Da nun das interd. uti possidetis und unde vi auf diese Art von Servituten nicht passen, so bleiben eben nur die für die Wege- und Wasserzerechtigkeiten gegebenen Interdicte übrig, deren Grundsätze auf die übrigen ebenfalls in abgesonderten Handlungen bestehenden Servituten analog anzuwenden seyn durften.

Savigny[2]) bestreitet zwar die Zulässigkeit dieser Anwendung, weil die positiven Bedingungen jener Interdicte zu verschiedenartig seyen. Ich werde aber demnächst nachzuweisen versuchen, daß sich allerdings fur diese Interdicte allgemeine Grundsätze aufstellen, und die hier und da vorkommenden Abweichungen auf gewisse Regeln zurückführen lassen. Und woher sollte denn sonst die Analogie entlehnt werden, welche Savigny S. 631 selbst für das einzige Auskunftsmittel erklärt? Ich vermag wenigstens in dem ganzen römischen Rechtssystem kein Rechtsverhältniß zu entdecken, welches eine passendere Analogie darböte.

Daß aber jene Servituten, für welche Specialinterdicte

1) a. a. O. S. 633. 631.

2) a. a. O. S. 583. Not. 2. (6. Ausg.)

Digitized by Google

gegeben ſind, mit denen, für welche wir poſſeſſoriſche Rechtsmittel ſuchen, die größte Aehnlichkeit haben, fällt in die Augen. Wie gering iſt der Unterſchied zwiſchen dem Fahren, und Viehtreiben über des Nachbars Grundſtück (servitus actus, viae, pecoris ad aquam adpulsus) und dem Schiffen über des Nachbars Fluß, dem Viehüten auf ſeinem Boden (serv. navigandi, pascendi)? Wer vermag eine weſentliche Verſchiedenheit darin wahrzunehmen, ob ich auf fremdem Eigenthum Waſſer oder Sand, Bucheckern, Holz ꝛc. nehmen und für mich verwenden darf?

In der That muß man es höchſt natürlich finden, wenn dieſe ſich ſo ähnlichen Rechte nach gleichen Grundſätzen behandelt werden, und es müſte dagegen ſehr unnatürlich erſcheinen, wollte man in Anſehung des richterlichen Schutzes ihrer Ausübung etwas weſentlich Verſchiedenes als Recht anerkennen.

Es kömmt hinzu, daß man bei der analogen Anwendung der ſpeziellen Interdikte ſich auf das Beiſpiel der römiſchen Juriſten ſelbſt berufen kann.

Schon dieſe wendeten die Vorſchriften des Edikts auf Fälle an, die durch die Worte des letztern nicht umfaßt waren, z. B. das interd. de aqua *aestiva* in L. 1. §. 29. de aqua cott. (43, 20.) auf die aqua *hiemalis*[1]) das Interdict über Ausbeſſerung von Waſſerleitungen in L. 1. pr. de rivis (43, 21.) auf Dampfleitungskanäle[2]) das interd. de cloacis in L. 1. pr. h. A. welches abſdrücklich von Abzügen aus Gebäuden in Gebäude ſpricht, auf ſolche, die auf leere Plätze oder ſelbſt Feldgrundſtücke führen[3]).

Zu bemerken iſt übrigens hier noch, daß bei den, in Handlungen des Berechtigten beſtehenden Servituten, die

1) L. 1. §. 35. de aqua cott.

2) L. 3. §. 8. de rivis.

3) L. 1. §. 8. de cloacis (43, 23.)

eigentlich Realservituten sind, aber als persönliche bestellt werden, [L. 4. de serv. pr. rust. (8, 2.) L. 6. de servit. leg. (33, 3.)] die hier erwähnte analoge Anwendung, nicht die oben §. 2. berührte Ausdehnung der für den körperlichen Besitz geltenden Interdicte Platz greifen muß, weil der Grund der letztern — der von der Ausübung unzertrennliche Besitz der Sache selbst — bei jenen ausnahmsweise der Person bestellten Servituten nicht eintritt. Auch spricht dafür L. 1. §. 12. de aqua quot.

§. 16.

Bei dieser analogen Anwendung darf man aber nicht aus den Augen verlieren, daß, wie schon gesagt, diese speziellen Interdicte gar nicht auf eine analoge Anwendung des wirklichen Besitzes gebaut sind, man darf daher nicht untersuchen wollen, ob Quasibesitz erworben, gestört, oder verloren sey, man darf nicht fragen, ob jene Interdicte retinendae oder recuperandae possessionis sind, für welche Frage in der That in den Rechtsquellen keine Antwort zu finden ist. (S. oben §. 8. b.).

Es sind vielmehr dabei eben nur positive Bestimmungen darüber gegeben, unter welchen Voraussetzungen die fernere Ausübung der Servituten richterlich geschützt werden soll. Daß die Römer dabei auf ihre Bedürfnisse, örtlichen Gewohnheiten und Verhältnisse ganz besonders Rücksicht nehmen, war natürlich, daß aber jene Bedürfnisse und Verhältnisse nicht immer auch mit den unsrigen übereinkommen, daß daher manche der positiven Bestimmungen bei uns nicht recht passen wollen, kann ebenfalls nicht befremden.

Dahin gehört z. B. gleich die Bestimmung, daß nur der das interdictum de itinere actuque privato anstellen kann, welcher in dem Jahre von der Klagerhebung an rückwärts gerechnet die Wegegerechtigkeit an dreißig Tagen ausgeübt hat. Dieses Erforderniß muß dies Interdict für unsre Feldwegdienstbarkeiten häufig nutzlos machen.

Digitized by Google

Mag das dienende Grundſtück ein Acker oder eine Wieſe ſeyn, ſo können zwar die darauf nöthigen Arbeiten z. B. das Ackern, Düngen, Aberndten leicht mehr als dreißig Fuhren erfordern, aber dieſe werden ſich meiſtens auf den Zeitraum weniger Tage zuſammendrängen, und höchſt ſelten wird daher die Vorausſetzung des Interdicts einmal eintreten. Vielleicht lag der Grund, warum die römiſchen Juriſten die Worte des Edikts

quo itinere . . . *hoc anno* usus es etc.

gerade nur bei dem Interd. de itinere ſo interpretirten, darin, daß der Landbeſitz eines Jeden in Italien meiſtens zuſammen lag [1]). Bei einem ganzen Gutscomplex konnte da freilich leicht eine Benutzung der Wegegerechtigkeit an dreißig Tagen in einem Jahre vorkommen. In Deutſchland iſt das aber anders, da liegen die Feldgrundſtücke meiſtens zerſtreut durch einander. Das kann uns jedoch nicht berechtigen, von der Auslegung der römiſchen Juriſten, die für uns Geſetz iſt, abzuweichen. Denn es laſſen ſich wohl auch andere Gründe jener beſondern Beſtimmung denken, namentlich der, daß das Gehen, Fahren oder Reiten über ein Grundſtück wenig Zeit erfordert und wenig Aufſehen macht, daß daher die einmalige Ausübung einer Wegegerechtigkeit ohne Gewalt und Verheimlichung gar leicht geſchehen kann, daß es deshalb bedenklich ſcheinen konnte, eine ſolche für genügend zu achten, um den Ausübenden bei dem fernern Gebrauch des Wegs ohne Weiteres zu ſchützen. Dieß iſt bei den andern Dienſtbarkeiten nicht ſo, denn entweder ſind dazu, wie bei den Waſſerleitungen, Vorrichtungen erforderlich, die nicht ſo ſchnell herzuſtellen ſind, oder die Ausübung ſelbſt erfordert

1) Es geht dies aus den Beſchreibungen des M. Cato de re rustica c. 1. Terentius Varro de re rustica Lib. 1. c. 14. 15. L. J. Columella de re rustica Lib. 1. c. 2. 3. Siculus Flaccus de condit. agror. p. 14 (ap. Goës.) hervor, welcher letztere als etwas Beſonderes anführt, daß in manchen Gegenden die Grundſtücke eines Beſitzers zerſtreut lägen.

Digitized by Google

mehr Zeit, so daß der Besitzer des leidenden Grundstücks eher im Stand ist, der Anmaßung sich zu wiedersetzen.

Wie dem nun auch sey, so dürfte jedenfalls das Erforderniß der dreißigtägigem Ausübung als ein singulare des interdicti de itinere actuque privato zu betrachten, und darum auf andere Servituten nicht auszudehnen, wohl aber ohne Unterschied für geltend zu halten seyn, es mag ein Gebäude oder ein Feldgrundstück das herrschende Gut seyn [1]).

§. 17.

Für die übrigen in Handlungen des Berechtigten bestehenden Servituten kann man füglich folgende allgemeine Grundsätze annehmen:

1. Nur der kann richterlichen Schutz bei der Ausübung einer Dienstbarkeit fordern, welcher dieselbe in dem Jahre von Zeit des ausgebrachten Interdicts an rückwärts gerechnet, ausgeübt hat. Dieß Erforderniß kömmt bei allen Spezialinterdicten gleichmäßig vor.

L. 1. pr. de itinere (43, 19.).

quo itinere actuque privato, vel via, *hoc anno* usus es, quo minus ita utaris vim fieri veto.

§. 3. eod.

annum ex die interdicti retrorsum computare debemus.

---

1) Es mag zu bestreiten seyn, ob das int. de itinere nicht schon als directum auf die einem Gebäude zustehende Wegegerechtigkeiten anzuwenden sey. S. Albert vom Besitz unkörperlicher Sachen I. §. 152. flg. Allein wenn man einmal die interdicta specialia analog anwenden will, so kann man gewiß am wenigsten Anstand nehmen, das genannte Interdict auf die einem Gebäude zustehenden Wegegerechtigkeiten auszudehnen, zumal da das Edict selbst in seinen Worten keine Beschränkung enthält, und auch das interd. de aqua quotidiana auf praedia urbana erstreckt wird. L. 1. §. 11. de aqua quot.

Neuerlich hat Althof (das interd. de itinere actuque privato, Rinteln, 1836) die Nothwendigkeit des dreißigtägigen Gebrauchs bestritten, allein aus unzureichenden Gründen. S. Savigny a. a. O. S. 591. Not. 1. (6. Ausg.)

Digitized by Google

L. 1. §. 11. eod.

quo itinere actuque *hoc anno* . . . usus es, quo minus id iter actumque reficias . . . vim fieri veto.

L. 1. pr. de aqua quot. (43, 20.)

Uti *hoc anno* aquam duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto.

L. 1. pr. de rivis (43, 21.)

Rivos, specus, septa reficere purgare aquae ducendae causa, quo minus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat, quam uti *priore aestate* duxit vim fieri veto.

L. 1. §. 9. eod.

Hoc interdictum competit ei, qui jus aquae ducendae non habet, si modo aut priore aestate aut *hoc anno* aquam duxerit.

L. un pr. de fonte (43, 22.)

Uti de eo fonte . . . *hoc anno* aqua usus es, quo minus ita utaris vim fieri veto.

§. 5. eod.

Quo minus fontem . . . purges, reficias ut aquam coërcere, utique ea possis, dum ne aliter uteris uti *hoc anno* usus es, vim fieri veto.

Eine Ausnahme iſt bei dem interdictum de cloacis reficiendis et purgandis, wo der Gebrauch derſelben innerhalb Jahresfriſt nicht erfordert wird, L. 1. pr. D. de cloacis. (43, 23.) augenſcheinlich des öffentlichen Nutzens wegen, durch welchen auch eine andere dabei vorkommende Abweichung von den ſonſtigen Grundſätzen gerechtfertigt wird, wie unten noch erwähnt werden ſoll. Man könnte zwar bezweifeln, ob die Serv. cloacae zu den in poſitiven Handlungen des Berechtigten beſtehenden Dienſtbarkeiten zu rechnen ſey, und Savigny [1]) zählt ſie wirklich auch zu den mit dem Beſitz eines Grundſtücks in unmittelbarer Verbindung ſtehenden. Allein es iſt nicht abzuſehen, welch weſentlicher

1) a. a. O. §. 65.

Digitized by Google

Unterschied zwischen einem solchen Ableitungs- und einem Wasserleitungskanal obwalten sollte, da beide aus ganz gleichen Vorrichtungen bestehen können, und darauf doch nichts ankommen kann, ob die Flüssigkeit hin oder her fließt [1]).

Auch ist eine solche Vorrichtung nicht auf dieselbe Weise ein Theil eines Gebäudes, wie ein immissum oder protectum. Sie könnte ja sogar in einem einfachen Graben bestehen, den man doch gewiß nicht als Theil des herrschenden Grundstücks würde ansehen können. Immer macht die Handlung des Ausschüttens in die Anlage, welche die Flüssigkeit dem benachbarten Grundstück zuführt, die eigentliche Dienstbarkeit aus.

Noch ist zu bemerken, daß dieses Interdict wörtlich nur Reinigung und Ausbesserung des Abzugs zum Gegenstand hat. Es dürfte aber wohl unbedenklich analog gestattet werden, wenn Jemand, ohne die Vorrichtung zu zerstören, doch den Abfluß hindert, z. B. bei deren Ausfluß in's Freie einen Damm aufwirft, der die Flüssigkeit zurück zu treten nöthigt.

Dies Erforderniß ist es übrigens, was mehrere Rechtslehrer zu der Meinung verleitet hat, es müsse der wenigstens einen einjährigen Besitz gehabt haben, der darin geschützt zu werden verlangt, so daß ihnen also eine, kürzere Zeit vor der Klagerhebung geschehene Besitzhandlung allein nicht genügt, sondern eine wenigstens ein Jahr vorhergegangene verlangt wird [2]).

§. 18.

II. Wenn eine Servitut von der Art ist, daß sie nur in einer Hälfte des Jahres benutzt werden kann oder benutzt

1) Wie in L. 29. de serv. pr. rust. auch eine servitus *educendae* aquae vorkömmt.

2) Berger de proc. poss. §. 22. Rivin En. T. 20. en. 119. Diese Meinung ist auch in die Königl. Sächs. Particulargesetzgebung übergegangen, welche aber bei den serv. discontinuis noch das Erforderniß dreier Besitzhandlungen hinzugefügt hat. Erl. Sächs. Pr. Ordn. Anhang §. 19.

Digitized by Google

zu werden pflegt [1]), ſo genügt, daß ſie in einer der beiden Gebrauchszeiten benutzt worden iſt, welche der Anſtellung des Interdicts vorausgehen.

L. 1. §. 29. de aqua quot.

Uti *priore aestate* aquam duxisti, quo minus ita ducas vim fieri veto.

§. 33. eod.

priorem aestatem ex comparatione duarum aestatium accipi.

§. 34.

Propter hoc si aestate interdicatur, nonnunquam annum et sex menses continere, quod ita contingit, si initio verni aequinoctii ducta sit aqua, et sequenti aestate pridie aequinoctium autumnale interdicatur, etiam in biennium haec res extenditur.

§. 35.

si quis *hyeme* tantum aquam solitus sit ducere, aestate non fuit solitus, utile interdictum ei competit.

§. 36.

Qui hac aestate non superiore duxit utile interdictum habet.

L. 1. pr. de rivis

uti priore aestate . . . duxit, vim fieri veto.

Wenn aber das Interdict während des Laufs einer Gebrauchszeit angeſtellt wird, ſo wird dieſe mitgezählt; ſo daß zwiſchen dem erforderlichen Gebrauch und dem Interdict je nach der Verſchiedenheit der Fälle bald nur höchſtens 366 Tagen liegen dürfen, bald zwei Jahre weniger einen Tag liegen können, das erſte, wenn das Interdict am erſten Tag einer Gebrauchszeit, das letzte, wenn es am letzten Tag vor einer Gebrauchszeit angeſtellt wird.

Iſt der Gebrauch auf einen noch kürzern Theil des Jahres eingeſchränkt, ſo iſt man wohl berechtigt argumento a majore ad minus, dieſelbe Erweiterung der Friſt anzu-

1) L. 1. §. 34. L. 6. de aqua quot.

Digitized by Google

nehmen, während bei längern Gebrauchszeiten man wohl bei der Regel bleiben muß.

Eine Anwendung dieses Grundsatzes dürfte sich zeigen bei dem Mastrecht, welches seiner Natur nach nur während einer kurzen Zeit des Jahres ausgeübt werden kann, ferner bei dem Jagdrecht und dem Weiderecht in dem Falle, wo letzteres bei gewissen Arten von Grundstücken gesetzlich auf eine gewisse Zeit des Jahres eingeschränkt ist.

§. 19.

III. Wenn ein Zufall die Ausübung der Servitut im letzten Jahre gehindert hat, so darf der Berechtigte, vermöge der restitutio ex clausula generali auf das vorhergehende Jahr sich berufen.

L. 1. §. 9. de itinere.

Dasselbe tritt ein, wenn er durch Gewalt vom Gebrauch im letzten Jahr abgehalten wurde, oder ein anderer Restitutionsgrund gegen die Versäumniß geltend gemacht werden kann.

c. l.

Die Stelle sagt nicht, ob die Gewalt vom Gegner oder von einem Dritten ausgegangen sey, ich möchte aber das letztere als nothwendig annehmen, denn hat der Gegner selbst an der Ausübung der Dienstbarkeit gewaltsam gehindert, so konnte ja der Verhinderte sofort das Interdict anstellen, und er ist nicht ohne Schuld, wenn er ein ganzes Jahr vorüberstreichen ließ [1]).

War die Ausübung der Servitut die zwei letzten Jahre hinter einander durch Zufall oder sonst gehindert, so findet eine Berufung auf das dritte vorhergehende Jahr nicht

1) Non enim negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis. totum istudarbitrio praetoris temperabitur, utita demum restituat, si non negligentia sed temporis angustia non potuerunt litem contestari. L. 16. ex quib. caus. maj. (4, 6.) Es ist damit der Fall nicht zu verwechseln, wenn über die Hinderung und

Digitized by Google

Statt, denn die Geſetze ſagen nichts davon, und es konnte ſo etwas auch zu Zeit der klaſſiſchen Juriſten nicht geſagt werden, weil durch zweijährigen Nichtgebrauch [1]), war er auch vom Gegner erzwungen, die Servitut ſelbſt verloren ging, und nur auf dem Wege der restitutio in integrum wieder hergeſtellt werden konnte [2]).

Analog dürfte ſich wohl auch vertheidigen laſſen, daß man bei den auf einen Theil des Jahres eingeſchränkten Dienſtbarkeiten auf die, der zuerſtverlaufenen (prior aestas) vorausgegangene Gebrauchszeit ſich berufen dürfe, wenn während jener, Zufall oder ſonſtige vom Ausübenden nicht verſchuldete Umſtände die Ausübung hinderten. Ein ſolcher Zufall könnte z. B. bei dem Maſtrecht darin liegen, daß in einem Jahre es einmal gar keine Eicheln, Bucheckern ꝛc. gegeben hat, ein Fall, der bekanntlich nicht gerade ſelten eintritt. Wenn hier nun der Berechtigte im folgenden Jahre an der Ausübung des Rechts gehindert wird, ſo könnte er ſich darauf berufen, daß er vor zwei Jahren es ausübte.

§. 20.

IV. Es genügt unter den übrigen Vorausſetzungen eine einzige Ausübung der Dienſtbarkeit in der feſtgeſetzten Zeit.

---

den Interdictsprozeß die Zeit vorüberſtrich, in welcher das Recht der Servitut durch Nichtgebrauch verloren ging. Denn alsdann wird nicht das Interdict „repetita die“ gegeben, ſondern in Gefolge des zeitig angeſtellten Interdicts das Recht der Servitut wieder hergeſtellt. L. 1. §. 23. de aqua quotid.

1) Paulus rec. Sent. L. I. T. 17. §. 1. L. III. T. 6. §. 30.

2) L. 34. §. 1. L. 35. de serv. pr. rust. (8, 3.) L. 14. quemadm. serv. am. (8, 6.) L. 9. §. 1. unde vi (43, 16.) In der letzten Stelle iſt von der servitus ususfructus die Rede, und da hatte der Gezwungene noch ein anderes Mittel, nemlich des interd. unde vi, welches auf Reſtitution gerichtet war, die vollſtändig nur durch Wiedereinräumung des Nießbrauchs geſchafft wurde. Dieſer Weg fällt freilich bei den serv. praediorum, die mit keiner Detention der Sache ſelbſt verbunden ſind, weg.

Digitized by Google

Es folgt dies schon aus den im §. 16. angezogenen Worten des Edicts, denn ohne Zweifel läßt sich dem, welcher auch nur einmal im Jahre Wasser geleitet oder geschöpft hat, nicht in Abrede stellen,

„aquam hoc anno duxisse, aqua usum esse."

Es wird aber auch mit deutlichen Worten gesagt in L. 1. §. 4. de aqua quot.:

Quod autem scriptum est in interdicto uti hoc anno aquam duxisti, hoc est, non quotidie, sed hoc anno vel *una die vel nocte*.

Daß die Wegegerechtigkeiten eine Ausnahme machen, ist schon §. 16. bemerkt worden.

§. 21.

V. Die Dienstbarkeit muß vom Ausübenden als eine solche ihm zustehende ausgeübt worden seyn, nicht weil er etwa z. B. den Weg, den er geht, oder den Brunnen, aus dem er schöpft, den Platz, auf welcher er sein Vieh weiden läßt, für einen öffentlichen, Jedermanns Gebrauch offenstehenden hielt, oder auf die Gefälligkeit des Nachbars rechnend, ihn benutzte oder eines dritten Recht auszuüben vermeint.

L. fin. quemadm. serv. am. (8, 6.)

Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credidit, ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit.

L. 7. de itinere

Si per fundum tuum . . . commeavit quis, non tamen tamquam id suo jure faceret, sed si prohiberetur non facturus; inutile est interdictum de itinere actuque privato.

L. 1. §. 6. eod.

Vivianus recte ait, eum, qui propter in commoditatem rivi, vel propterea, quia via publica interrupta erat, per proximi vicini agrum iter fecerit . . . non videri omnino usum, itaque inutile esse interdictum.

Digitized by Google

Dieſer ſonach erforderliche animus des Ausübenden muß von ihm bewieſen werden, wobei auf die Umſtände zu ſehen iſt, und das richterliche Ermeſſen eingreifen muß[1]). Zu erwähnen iſt hier noch die Behauptung Alberts[2]), daß der Ausübende ein praedium nachweiſen müſſe, was als dominans gelten könne. Sie iſt richtig, wenn man mit ihm die Interdicte auf wirkliche Prädialſervituten einſchränkt, von welchen ſie wirklich ſprechen. Läßt man aber einmal analoge Ausdehnung auf die Wege- und Waſſergerechtigkeiten u. ſ. w. zu, die als perſönliche beſtellt wurden, (§. 15. a. E.) ſo muß man natürlich von jenem Erforderniß abgehen.

In Anſehung der Ausübung in der Meinung, die Dienſtbarkeit ſtehe einem Dritten zu, iſt indeſſen noch zu bemerken, daß der Nußnießer und der usuarius des als herrſchend anzunehmenden Grundſtücks das Interdict haben, obgleich der eine wie der andere nicht in eigenem Namen, ſondern fundi nomine die Servitut ausgeübt haben.

L. 3. §. 8. de itinere.

Sed et si quis usum fructum emit vel usum, vel cui legatus est et traditus, uti hoc interdicto poterit. Gleiches gilt von dem, welcher das Grundſtück precario beſitzt.

L. 1. §. 11. de itinere.

Si ego viam precario rogavero, et tibi fundum precario dedero, quamvis hac mente ieris, quasi fundo meo deberetur, inutile esse interdictum (mihi): . . . tu tamen credo poteris interdicto uti.

Und eben das wird man noch mit mehr Recht vom beſitzenden Pfandgläubiger annehmen dürfen, der ja ſogar die petitoriſchen Rechtsmittel des Verpfänders, die actio confessoria utiliter hat.

L. 16. de servitut.

1) S. Fried. Mindanus de interdictis T. X. nr. 17. Mevius P. IX. dec. 165. Albert a. a. O. §. 110. flg.

2) a. a. O. §. 17.

§. 22.

VI. Eine sehr zweifelhafte Frage ist, ob *bona fides* bei dem Ausübenden nothwendig sey. Bestimmt bejaht wird diese Frage bei dem interdictum de aqua quotidiana et aestiva.

L. 1. §. 10. de aqua quot.

Sed etsi jure aqua non debetur alicui, si tamen jure ducere seputavit, cum non in jure sed in facto erravit, dicendum est, eoque jure utimur, ut interdicto hoc uti possit, sufficit enim, si jure se ducere putavit.

§. 19. Aristo putat cum demum interdictum hoc habere, qui se putat suo jure uti, non qui scit, se nullam jus habere.

§. 39. eodem. superiora interdicta (de aqua quotidiana et aestiva) ad eos pertinent, qui a capite ducunt, vel imposita servitute, vel quia putant impositam.

Bei dem int. de itinere scheint L. fin. quemadm. serv. amitt. (s. §. 20.) dasselbe zu erfordern, weil es darin heißt: servitute usus non videtur, nisiis, qui suo jure uti *credidit*. Darum haben auch viele Rechtslehrer sich für die bejahende Meinung entschieden [1]), während Savigny [2]) und Albert [3]) das Gegentheil behaupten.

Nun folgt zwar die Nothwendigkeit des guten Glaubens nicht schon daraus, daß der Gebrauch nicht vi, clam und precario geschehen seyn müsse, worauf sich manche Rechtslehrer [4]) berufen, deren Meinung Albert [5]) mit triftigen Gründen wiederlegt hat.

Immer aber ist das Wort credidit ein starker Beweis für die erstere Meinung. Zwar sagen die Gegner, die

1) Menoch cit. l. rem. V. nr. 13. sqq. Westphal de libert. et serv. praed. §. 1006.

2) Recht des Besitzes §. 44. Not. 1. §. 46. Not. 3.

3) Vom Besitz unkörperlicher Sachen §. 132. sqq.

4) Berger d. pr. poss. th. 22.

5) a. a. O. §. 135. flg.

Digitized by Google

folgenden Worte der Stelle, welche den Gegensatz bildeten, bewiesen, daß das credidit nicht den Glauben, sondern den animus possidendi ausdrücken solle. Allein, daß die folgenden Worte gerade der, in jeder Beziehung vollkommene Gegensatz der erstern seyn solle, möchte schwerlich zu beweisen seyn; das Wort ideoque deutet vielmehr nur auf eine Folgerung hin, und diese ist an sich auch ganz richtig, denn wenn der die Wegegerechtigkeit Ausübende, um das Interdict anzustellen, die Meinung haben muß, daß ihm die Dienstbarkeit zustehe, so folgt daraus nothwendig, daß der, welcher den Weg in der Meinung, er sey ein öffentlicher oder stehe einem Dritten zu, beging, das Interdict nicht hat, weil er unmöglich die Meinung haben kann, der Weg stehe ihm zu. Auch würde, wäre nicht gerade auf das credere Gewicht gelegt worden, Paulus wohl gesagt haben,

nisi is, qui tamquam jure suo usus est

wie Celsus in der Parallelstelle L. fin. de itinere.

Albert[1]) glaubt aber noch zwei positive Beweise für seine Meinung in L. 1. §. 2. 4. de itinere und L. §. 2. §. 3. si serv. vind. zu finden, nach welchen bei diesem Interdict nicht das Recht, sondern nur der Gebrauch, das *factum* in Frage kommen soll. Allein die bona fides gehört auch nicht zum Recht, und wenn nur auf den Gebrauch gesehen werden soll, so ist damit nicht gesagt, daß der Gebrauch nicht dennoch gewisse Eigenschaften haben müsse.

Ist doch in L. 1. §. 4. de itinere auch nicht gesagt, daß der usus kein violentus, clandestinus oder precarius seyn dürfe, von welchen Fehlern er gleichwohl nach L. 1. §. 2. eod. frei seyn muß.

Es läßt sich aber auch für die bejahende Meinung noch das anführen. Das interd. de aqua quot. erfordert, wie schon bemerkt, nach unzweifelhaften Zeugnissen der Ge-

1) a. a. O. §. 134.

Digitized by Google

ſetze guten Glauben. Es würde an's Unbegreifliche grenzen, wenn man annehmen wollte, daß das damit ſo nahverwandte auf die nämliche Servitut ſich beziehende Interd. de rivis reficiendis nicht auch dies Erforderniß haben ſollte, da die Ausbeſſerung ja noch mehr in das fremde Eigenthum eingreift, als der Gebrauch der Servitut ſelbſt, weshalb das interd. de itinere *reficiendo* ſogar an noch ſchwerere Bedingungen angeknüpft iſt als das interd. de itinere [1]).

Gleichwohl heißt es bei dem int. de rivis reficiendis faſt mit denſelben Worten wie bei dem interd. de itinere:

> hoc interdictum competit etiam ei, qui jus aquae ducendae non habet, si modo aut priore aestate aut eodem anno aquam duxerit, cum sufficit, non vi, clam non precario duxisse L. 1. §. 9. de rivis.

Da iſt auch nicht von bona fides die Rede, und gleichwohl wird man die Nothwendigkeit derſelben nicht in Abrede ſtellen können. Warum ſollte nun beim interd. de itinere jene Nichterwähnung zu einer ganz entgegengeſetzten Auslegung berechtigen?

Den Grund des Unterſchieds, den Albert [2]) anführt, daß das interd. de itinere einen dreißigtägigen, das interd. de aqua nur einen einmaligen Gebrauch vorausſetze, kann ich für durchſchlagend nicht anerkennen. Man ſieht im Geringſten nicht ein, wie die letztere Verſchiedenheit gerade mit der bona fides zuſammenhängen ſolle, da ſie ſich auf eine weit natürlichere Weiſe erklärt (§. 16.)

Das dürfte übrigens füglich zu behaupten ſeyn, daß die bona fides hier wie bei der Verjährung vermuthet werde, und eines poſitiven Beweiſes nicht bedürfe. Anderer Meinung iſt Menochius [3]), aber wegen des mißverſtandenen Ausdrucks „contra jus commune im Cap.

1) L. fin. de aqua quot.
2) a. a. O. §. 133. Anm. 3. a. E.
3) de retin. poss. rem. V. n. 22—27.

Digitized by Google

ſin. de rust. spol. in 6to und c. 1. de praescs. 6. (2, 13.) welcher aber einen ganz andern Sinn hat [1]).

§. 23.

VII. Die Ausübung darf nicht gewaltſam, heimlich oder bittweiſe in Anſehung des Gegners oder ſeines Beſitzvorgängers geſchehen ſeyn.

L. 1. pr. de itinere.

„nec vi clam precario ab illo usus es.“

L. 1. §. 11. L. 3. §. 1. 2. 11. eod.

L. 1. pr. §. 29. de aqua quot.

L. 1. pr. de rivis. L. 1. pr. §. 6. de fonte.

Nur das Interd. de cloacis erfordert das nicht, aus Rückſichten auf das öffentliche Wohl.

L. 1. §. 7. de cloacis. (43, 23.)

welche ſehr ſpezielle Ausnahme natürlich nicht auf andere Servituten auszudehnen iſt.

Was unter usus violentus, clandestinus und precarius zu verſtehen ſey, weiter zu erörtern, liegt außer dem Zweck dieſer Zeilen, und es mag daher hier die Verweiſung auf Albert [2]) genügen.

Jene, dem Kläger nachtheiligen Eigenſchaften der Ausübung, bilden übrigens den Gegenſtand beſonderer Einreden ſind daher vom Beklagten vorzuſchützen und zu erweiſen, nicht aber hat der Kläger die Obliegenheit, die scientia et patientia des Gegners darzuthun [3]).

Das ſchadet übrigens dem Kläger nicht, wenn er neben einer fehlerfreien Ausübung in der erforderlichen Zeit, auch

---

1) Unterholzner Verjährungslehre. Th. 2. §. 211.

2) a. a. O. §. 51. flg.

3) Cicero ep. ad. fam. VII. 3. neque est, quod *exceptionem* in interdicto pertimescas, quod tu prior vi hominibus armatis non veneris. L. 1. §. 11. de itinere. „an noceat tibi *exceptio*.“ Savigny a. a. O. §. 46. I. III. Albert a. a. O. §. 80. flg. und §. 105. flg.

Digitized by Google

noch vorher oder nachher die Dienstbarkeit gewaltsam, heimlich oder bittweise ausgeübt hat [1]).

§. 24.

VIII. Es ist gleichgültig, ob der Kläger selbst oder ein Andrer, z. B. ein Diener, Pachter, Gast für ihn die Dienstbarkeit ausgeübt hat.

L. 1. §. 7. de itinere.

Is, cujus colonus, aut hospes aut quis alius iter ad fundum fecit, usus videtur itinere . . et idcirco interdictum habet.

L. 3. §. 7. eod.

Si quis ex mandatu meo fundum emerit, aequissimum est, mihi hoc interdictum dari, ut ille usus est.

L. 1. §. 11. L. 3. §. 4. eod.

Nur muß der Dritte nicht etwa in eigenem Namen, für sich selbst die Ausübung bewirkt haben, sondern für den Kläger, oder wenigstens fundi nomine

L. 1. §. 8. eod.

Si quis autem cum putaret fundum ad se pertinere, suo nomine iter fecerit amicus meus, utique sibi non mihi interdictum adquisisse intelligitur.

Eine eigenthümliche Bestimmung ist hier, daß der Nutznießer eines Grundstücks, wenn er eine Servitut über das benachbarte Grundstück ausübt, dennoch für den Eigenthümer das Interdict dadurch nicht begründet,

L. 3. §. 4. de itinere

per fructuarium autem interdictum hoc domino non competere Julianus ait.

obschon seine Ausübung für wirksam gilt, daß die Servitut nicht durch Nichtgebrauch verloren geht.

L. cit.: sed enim per fructuarium quidem servitus retinetur.

---

1) L. 1. §. 12. L. 2. 3. pr. L. 6. de itinere L. 1. §. 20. de aqua quot. Albert a. a. O. §. 84. flg.

Digitized by Google

L. 20, 21. quemadm. serv. am.
usu retinetur servitus, cum ipse, cui debetur utitur . . . aut fructuarius . . . licet suo nomine.

Aus dem Rechtsſatz, daß der Nichteigenthümer dem Grundſtück kein Dienſtbarkeitsrecht erwerben kann [1]) läßt ſich das nicht erklären wie Albert [2]) glaubt, denn auch der colonus, hospes u. ſ. w. kann dem Grundſtück ſeines Verpachters oder Gaſtfreunds keine Servitut erwerben, obſchon ſein Gebrauch hinreicht, um für denſelben das Interdict zu begründen.

Daß die Ausübung des Dritten keine gewaltſame ſeyn darf, wenn der Kläger ſich darauf berufen will, verſteht ſich von ſelbſt, und daſſelbe iſt auch vom usus clandestinus des Dritten [3]) ſowie vom usus precarius daſſelbe anzunehmen. Gleichwohl ſcheint in Anſehung des letztern eine Geſetzſtelle entgegen zu ſtehen.

Nach L. 1. §. 11. de itinere ſoll nemlich, wenn einer ein Grundſtück, welchem eine Servitut wirklich zuſtand, precario erhielt, und nun dieſe Servitut precario ausübte, der eigentliche Grundſtücksbeſitzer dennoch aus dieſer Ausübung das Interdict anſtellen können. Dieſe Singularität läßt ſich nur aus dem Grundſatz erklären, daß es kein precarium rei propriae giebt, welcher Grundſatz denn hier auf Servituten angewendet wird:

---

1) L. 6 §. 2. L. 18. comm. praed. 8, 4.

2) a. a. O. §. 24.

3) Nicht zu verwechſeln iſt hiermit der Fall, der in L. 3. §. 1. de itinere vorkommt. Da handelt es ſich nemlich von der Frage, ob der eigene Gebrauch des Klägers für einen clandestinus zu achten ſey, wenn ein Verbot des Gegners (wodurch unter Umſtänden eine clandestinitas begründet wird. L. 3. pr. §. 1. de itinere Albert a. a. O. §. 61.) an den Dritten, nicht an den Kläger ſelbſt ergangen war. Beide Fälle vermengt Westphal de libert. praedior §. 1022.

Digitized by Google

quia sicuti me precarium rei meae non tenet, ita nec per te precario possidere intelligor.

Ist nun im Rechtssinn kein precarium vorhanden, so kann freilich auch dem wirklich Berechtigten keine exceptio precarii usus entgegenstehen, der usus selbst aber mit seinen Folgen bleibt für ihn wirksam. Es geht aber hier die Sache über die Grenzen des bloßen Gebrauchsschutzes hinaus und in's petitorium über, weil ja der Kläger sein Recht erweisen muß, wenn er die exceptio usus precarii beseitigen will.

Hieraus ergiebt sich, daß eine wahre Ausnahme in dieser Stelle nicht begründet ist, und daß, wenn der Grundstücksbesitzer auf das ihm zustehende Servitutenrecht sich nicht berufen kann, allerdings aus der bittweisen Ausübung von Seiten des Stellvertreters gegen den eigentlichen Grundstücksbesitzer eine Einrede entnommen werden kann, wenn er auf jene hin das Interdict anstellen will.

Am Schlusse der gedachten Stelle findet sich noch eine Bestimmung, welche eine Modification des §. 22. a. E. vorkommenden Satzes, daß neben einer fehlerfreien Ausübung eine vorherige oder nachherige fehlerhafte nicht schade, zu enthalten scheint. Es soll nemlich, wenn der Grundstücksbesitzer eine Servitut precario ausgeübt hat, und nachher dessen Stellvertreter sie als dem Grundstück wirklich zustehend (quasi fundo deberetur) ausübt, aus der letztern Ausübung dem Grundstücksbesitzer kein Interdict erwachsen. Indessen erklärt sich das leicht aus der Natur der Sache. Wem einmal die Uebung einer Servitut precario gestattet ist, der braucht nicht bei jeder Wiederholung von neuem zu rogiren, sondern die frühere rogatio und concessio wirkt fort, bis das precarium widerrufen wird. Daher trägt sich die Eigenschaft des precarii auch auf die Handlung des Stellvertreters über, wenn gleich dieser aus einem andern Grund die Servitut zu üben vermeinte, non enim opinio

Digitized by Google

tua (des Stellvertreters) sed mea (des eigentlichen Grundbeſitzers) quaerenda est.

Völlig mißverſtanden hat die ganze Stelle Weſtphal[1]).

§. 25.

IX. Auf die Gebrauchshandlung eines Vorbeſitzers des als herrſchend anzunehmenden Grundſtücks kann auch jeder Nachfolger im Beſitz das Interdict gründen.

L. 2. §. 3. de interd. (43, 1.)

Quo itinere venditor usus est, quo minus emtor utatur, vim fieri veto.

L. 6. de itinere.

Sicut non nocet ei, qui sine vitio usus est, quod eodem anno vitiose usus est: ita emtori heredique non nocebit, quod ipsi vitiose usi sunt, si testator venditorve recte usi sunt.

L. 3. §. 6. 9. 10. L. 5. §. 2. eod.

L. 2. §. 3. si serv. vind. (8, 5.)

L. 1. §. 37. de aqua quot.

Sicuti de itinere actuque et successoribus dantur interdicta, et emtori, ita haec quoque danda praetor putavit.

L. 3. §. 7. de rivis.

Iisdem autem personis et in easdem interdictum hoc datur, quibus et in quas et de aqua interdicta redduntur, quae supra sunt enumerata.

L. un. §. 3. de fonte.

Et eadem sunt hic dicenda, quae ad personam attinent, quaecunque in superioribus interdictis diximus.

L. un. §. 11. eod.

Et omnibus personis datur (interd. de fonte reficiendo) quibus permittitur interd. de aqua aestiva.

Bei der Wegegerechtigkeit, wo mehrmals eine Handlung

1) a. a. O. §. 1021.

Digitized by Google

zum Interdict erfordert wird, findet darum eine Zusammenrechnung der Besitzhandlungen Statt[1]).

Zu bemerken ist übrigens hierbei noch, daß nicht blos die Nachfolger im Eigenthume des als herrschend anzunehmenden Grundstücks auf die Gebrauchshandlung ihres Vorgängers das Interdict gründen zu können, sondern auch der Nutznießer,

L. 3. §. 8. de itinere,

L. 2. §. 3. si serv. vind.

etiam si testator usus sit, qui legavit usum fructum, debere utile interdictum fructuario dari, quemadmodum heredi vel emtori competunt haec interdicta.

Dem precario possidens und dem Faustpfandgläubiger dürfte wohl dasselbe Recht einzuräumen seyn, denn der Erstere darf auf seinen eignen Gebrauch hin, das Interdict nach bestimmter Gesetzesvorschrift anstellen (L. 1. §. 11. de itinere) und kann sogar haftpflichtig werden, wenn eine Servitut durch Nichtgebrauch verloren geht. (L. 8. §. fin. de precario 43, 26.) und der Letztere darf utiliter alle auf das Pfand bezügliche Klagen des Verpfänders anstellen.

§. 26.

X. Gleichgültig ist es, ob die Gebrauchshandlung gegen den Gegner im Interdict oder gegen dessen Vorbesitzer ausgeübt worden ist, doch versteht sich von selbst, daß ersterer aller Einreden sich bedienen kann, die aus der Art des Gebrauchs dem letztern erwachsen sind.

L. 3. pr. §. 2. de itinere.

L. 35. de act. emti (19, 1.)

§. 27.

XI. Es muß eine Störung in der Gebrauchsweise erfolgt seyn, welche bei der dem Interdict zum Grund gelegten Ausübung beobachtet wurde.

1) Albert a. a. O. §. 28.

Digitized by Google

L. 1. pr. de itinere

Quo itinere . . . usus es, quo minus *ita* utaris, vim fieri veto.

L. 1. pr. de aqua quot. §. 29. eod.

uti aquam duxisti, quo minus *ita* ducas, rel.

L. 1. pr. de rivis

„dumne *aliter* aquam ducat“ rel.

L. un. pr. de fonte

uti de eo fonte . . . usus es, quo minus *ita* utaris, rel.

§. 6. eod.

dumne *aliter* utaris, atque uti hoc anno usus es, rel.

§. 9. eod.

dummodo non permittatur vias novas quaerere, vel aperire: hic enim innovat aliquid praeter id, quam praecedente anno usus est.

Jede Veränderung in der Gebrauchsweiſe, ſofern ſie nicht in einer reinen Verminderung derſelben beſteht, kann der Gegner mit Fug verwehren. So z. B. wenn eine Wege- Jagd- Weide- Beholzigungs- Maſt- Servitut auf eine weitere Entfernung ausgedehnt wird, als bei der vorhergehenden Gebrauchshandlung,

L. 1. §. 5. de itinere.

Julianus ait, quousque ingressus est, eo usque ei interdictum competere:

wenn mehr Waſſer, oder anderes, oder in einer andern Richtung zu leiten unternommen wird,

L. 1. §. 15. de aqua quot.

Illud tamen hic intelligendum est, eodem modo praetorem duci aquam jussisse, quo ducta est hoc anno. Proinde neque amplioris modi, neque alia permisisse potest videri. Quare si alia aqua sit, quamquis velit ducere, quam hoc anno duxit, vel eadem, per aliam tamen regionem ducere, impune ei vis fit.

L. 1. §. 17. eod.

Item quaeritur, si quis aquae, quam hoc anno ducebat, aliam

Digitized by Google

aquam admiscuerit, an impune prohibeatur? Et extat ofilii sententia existimantis recte eum prohiberi, rel.

wenn bei einer serv. pascendi oder pecoris ad aquam adpulsus mehr Stücke eingetrieben werden.

L. 1. §. 18. eod.

Cum amplior numerus pecoris ad aquam adpelletur, quam debit adpelli, posse universum pecus impune prohiberi.

Das ist übrigens gleichgültig, ob die Ausübung der Servitut ganz verhindert oder nur erschwert oder sonst beeinträchtigt wurde.

L. 1. §. 25. de aqua quot.

Competit hoc interdictum adversus eum, qui prohibet me aquam ducere.

§. 25. eod.

Labeo putat, per hoc interdictum prohiberi quem, ne quid in illo fundo faciat, fodiat, serat, succidat, putet, aedificet, quare ex re ea aqua . . . inquinetur, vitietur, corrumpatur, deteriorve fiat.

In Ansehung des interd. de itinere behauptet Albert[1]), daß nur die gänzliche Verhinderung nicht die bloße Störung zu dem Interdict berechtige. Allein seine Gründe dürften nicht genügen. Einen directen Beweis für die Beschränkung giebt es nicht. Ist gleich in mehrern Stellen, (L. 3. pr. §. 23. 5. de itinere) von prohibere die Rede, so schließt das doch offenbar nicht aus, daß wegen einer turbatio das Interdict nicht auch zustehe, so wie es in solchem Falle das interd. de aqua quot. auch nicht ausschließt, daß es in L. 1. §. 25. de aqua heißt:

competit hoc interdictum adversus eum, qui prohibet me aquam ducere.

Daß wegen verhinderter Ausbesserung eines Wegs ein besonderes Interdict gegeben ist, beruht auf besondern Grün-

1) a. a. O. §. 36. flg.

den, die in L. 3. §. 13. de itinere angegeben ſind. Auch iſt die Verhinderung der Ausbeſſerung offenbar nicht eigentlich eine Störung in dem Gebrauch der Servitut, wie er zuletzt ausgeübt wurde.

Ebenſowenig beweiſen die

L. 9. pr. si serv. vind. und

L. 11. de op. novi nunc.

nach welchen Stellen dem, welcher eine Wegegerechtigkeit hat, die operis novi nunciatio verſagt, und die confessoria zugewieſen wird, wenn ſein Gegner auf den Weg etwas gebaut hat. Denn nicht jeder, qui viam habet, cui iter debetur, iſt darum auch immer in der Lage das interd. de itinere anſtellen zu können, alſo kann daraus, daß in jenen Stellen nicht das Interdict gegeben wird, durchaus gar nichts auf deſſen abſolute Unſtatthaftigkeit im Fall einer bloßen Störung geſchloſſen werden.

Auch würden jene Stellen zu viel beweiſen, denn durch das Bauen in eo loco, per quem iter debetur, kann ja eben ſo gut das Begehen des Wegs ganz verhindert, als blos geſtört werden.

Das ſchwächſte Argument iſt wohl das, daß das Interdict ein prohibitorium kein restitutorium ſey, (L. 1. §. 1. de itinere) folglich nicht auf Wegſchaffung des aedificii gerichtet werden könne. Denn daraus würde folgen, daß auch dann die Wegſchaffung nicht verlangt werden könne, wenn das Gebäude wirklich den Weg ganz verſperrt.

Auch giebt es ja bloße Störungen, die nicht in Aufrichtung eines Gebäudes beſtehen.

Die Analogie des Int. de aqua quot. — ſpricht offenbar für die entgegengeſetzte Meinung, beſonders da nicht der geringſte Grund abzuſehen iſt, dem Int. de itinere einen beſchränktern Wirkungskreis anzuweiſen, und ſonſt beide Interdicte mehrfach neben einander geſtellt werden [1]). Endlich

1) L. 1. §. 37. L. 4, 7. de aqua quot.

Digitized by Google

folgt selbst aus den Worten des Edicts genau genommen, dessen Anwendbarkeit auf eine bloße Störung, denn es soll der Ausübende nicht verhindert werden, *ita* itinere uti, wie er im vorhergehenden Jahr ihn gebraucht hat. Gewiß aber wird er verhindert, den Weg auf dieselbe Weise wie früher zu brauchen, wenn der Gegner ihm Steine oder sonst etwas auf oder neben den Weg legt, was den Gebrauch zwar nicht völlig unmöglich macht, aber doch erschwert, oder ein Gebäude aufrichtet, welches einen Umweg zu machen nöthigt.

§. 28.

XII. Nicht allein die Störung des Gebrauchs selbst berechtigt zur Anrufung des richterlichen Schutzes, sondern auch eine Störung oder Verhinderung in Ausbesserung und Wiederherstellung der Vorrichtungen, ohne welche der Gebrauch nicht möglich ist.

In Ansehung der Wasserleitungen, Wasserbehälter und Abzugscanäle sind die bekannten Interdicte in L. 1. pr. de rivis, L. un. §. 6. de fonte, und L. 1. pr. de cloacis gegeben, deren analoge Anwendung auf andere ähnliche Servituten nicht zu bezweifeln ist, sobald man einmal bei letztern richterlichen Schutz der Ausübung für etwas Unentbehrliches hält.

Zu gedenken ist jedoch, daß nur die Unmöglichkeit nicht auch eine etwaige Unbequemlichkeit der Ausübung zu Vornahme solcher Handlungen berechtigt, daß auch nicht darauf die Errichtung einer ganz neuen noch nicht dagewesenen Vorrichtung gegründet werden kann. Dieß ist der Grund, warum die bloße Ausübung der Wegegerechtigkeit nicht genügt, um die Ausbesserung des Weges zu verlangen, indem dadurch theils etwas Neues auf fremden Grund, theils etwas geschieht, dessen Unterlassung nicht die Ausübung schlechterdings unmöglich macht.

L. 3. §. 13. de itin. L. fin. de rivis.

Digitized by Google

Es muß vielmehr dabei auch das jus servitutis erwieſen werden, und es unterſcheidet ſich darin das interd. de itinere reficiendo nicht mehr von der actio confessoria, ſeitdem die alte Prozeßform aufgehört hat [1]). Bei dieſen Ausbeſſerungen muß die Art und Einrichtung der frühern Anſtalt beibehalten, und kann keine Veränderung damit vorgenommen werden.

L. 1. §. 11. de rivis.

Proinde etsi per alium locum velit ducere impune prohibetur. Sed etsi eandem rivum deprimat, vel attollat, aut dilatet, vel extendat, vel operiat apertum vel contra.

L. un. §. 9. de fonte.

Coërcere aquam est, continere sic ne diffluat, ne dilabatur: dummodo non permittatur vias novas quaerere vel aperire: hic enim novat aliquid, praeter id, quam praecedenti anno usus est.

Doch iſt hier dem richterlichen Ermeſſen ein Spielraum gegönnt, welches dabei ſowohl die Nothwendigkeit einer etwaigen Veränderung als den Nachtheil, den der Gegner oder andere Betheiligte dadurch erleiden, abzuwägen hat.

L. 1. §. 11. eod.

qui operiat apertum vel contra eum non puto prohibendum, nisi si quam majorem utilitatem suam adversarius ostendat.

L. 3. pr. §. 1. eod.

Mihi videtur urgens et necessaria refectio esse admittenda.

§. 2.

Si quis novum canalem vel fistulas in rivo velit collocare, cum id nunquam habuerit: utile ei hoc interdictum futurum, Labeo ait. nos et hic opinamur, utilitatem ejus qui ducit, sine incommoditate ejus, cujus ager est, spectandam.

L. 3. §. 5. de aqua.

Is qui aquae quotidianae jus habet, vel fistulam in rivo

1) Savigny a. a. O. §. 46. II.

ponere, vel aliud quodlibet facere potest, dummodo ne fundum domino, aut aquagium rivalibus deterius faciat.

S. auch L. 4. §. 1. L. 5. pr. de itinere.

§. 29.

XIII. Wer übrigens die Störung vorgenommen hat, ob der Eigenthümer oder Besitzer des als dienend anzunehmenden Grundstücks oder irgend ein anderer, ist gleichgültig.

L. 3. §. 5. de itinere

et sive forte ab extraneo fructuarius prohibeatur sive etiam a domino, sed etsi dominus a fructuario, competit. Nam et si quilibet prohibeat ire, interdictum adversus eum competit.

L. 1. §. 25. de aqua.

Et nihil interest, utrum quis dominium fundi habeat an non.

§. 26. si inter rivales, id est, qui per eundem rivum aquam ducant, sit contentio de aquae usu, utroque suum usum esse contendente, duplex interdictum utrique competit.

L. 3. §. 7. de rivis.

Iisdem autem personis et in *easdem* interdictum hoc datur, quibus et in quas et de aqua interdicta redduntur.

§. 30.

XIV. Das Gesuch des Klägers ist zunächst gerichtet auf richterliches Verbot der Störung bezüglich Hinderung. Daß eine Strafe für den Fall der Zuwiderhandlung angedrohet würde, erscheint sachgemäß, und ist auch in der Praxis eingeführt[1]), scheint aber auch schon bei den Römern Sitte gewesen zu seyn[2]).

Als ein ständiger Theil des Klaggesuchs wird hier auch

1) Leyser spec. 508. m. 15.

2) Paulus rei Sent. L. V. T. 6. §. 9. alienam autem aquam usurpanti nummaria poena irrogatur.

Digitized by Google

die Beſtellung einer cautio de non amplius turbando aufgeführt [1]) unter Beziehung auf L. 7. de aqua quot.

Si de via, itinere, actu, aquaeductu agatur, hujusmodi cautio praestanda est, quamdiu quis de jure suo doceat, non se impediturum agentem, et aquam ducentem et iter facientem.

Wie man aber auch dieſe ſchwierige Stelle auslegen mag [2]), ſo viel ſtellt ſich dar, daß ſie nicht den Fall eines angeſtellten Interdicts zum Gegenſtand hat, denn die Anfangsworte deuten beſtimmt die Anſtellung der confessoria an.

Uebrigens dürfte mit der Caution auch nicht viel gewonnen ſeyn, wie Leyſer [3]) richtig bemerkt, da man ſich in dieſem Falle wohl mit einer cautio verbalis begnügen müſte nach L. 3. C. de verb. et rer. sign. (7, 38.)

Daß diejenigen Vorrichtungen, welche die Ausübung hindern, weggeräumt werden müſſen, iſt nothwendige Folge des Verbots der Hinderung, die ja nicht allein durch ſpurlos bleibende Handlungen bewirkt wird, ſondern auch durch Hemmniſſe, welche der Gegner vorher in den Weg gelegt hat. Darauf bezieht ſich auch das „restitutorium in L. 1. §. 1. de aqua quot.“

Außerdem kann auch Erſatz des Schadens verlangt werden, welcher durch die Störung dem Kläger erwachſen iſt.

L. 3. §. 1. de itinere.

In hoc interdicto examinatur, quanti ejus interesset, via non prohiberi sive itinere.

L. 1. §. 23. de aqua quot.

Praeterea illud sciendum est, si cum aquam duxisses, ad-

1) Bohmer de act. L. II. c. 4. §. 18. 21. Lauterbach L. 43. T. 19. §. 8. Tit. 20. §. 7.

2) vergl. Weſtphal c. l. §. 992. der darin den nemlichen Fall wie in L. 60. §. 1. de usufr. antreffen will. Albert a. a. O. §. 100. Wiederhold das interd. uti poss. §. VIII.

3) c. l.

versarius te prohibuerit, deinde tu interim jus aquae ducendae amiseris, in restitutionem hoc venire, ut tibi praestetur per hoc interdictum, quod amisisti.

Abweichend von dieser von den Meisten angenommenen Meinung, behauptet Albert[1]), Daß nur von Zeit des interdicti redditi an, das id quod interest verlangt werden könne, und es ist nicht zu leugnen, daß L. 3. pr. de interd. und L. 1. §. 40. de vi auch L. 8. §. 4. 6. de precario (43, 26.) diese Meinung einigermaßen unterstützt. Indessen ist nicht abzusehen, warum der, welcher durch seine, jedenfalls widerrechtliche Handlung dem Andern einen Schaden zufügt, von der sonst und namentlich bei den Interdicten allgemeinen Verbindlichkeit zum Ersatz dieses Schadens frei seyn sollte, der unter Umständen sehr bedeutend seyn kann, und da die oben abgedruckten beiden Stellen die Verbindlichkeit zum Schadensersatz ohne Beschränkung auf den nach Anstellung des Interdicts erwachsenen aussprechen, so dürfte man es bei der gemeinen Meinung bewenden lassen. Der Grund Alberts übrigens, daß der Prätor in Ansehung dieses Interdicts keine Verjährungszeit bestimmt habe, wie dies bei andern auf das id quod interest gerichteten Klagen der Fall sey, dürfte um deßwillen nicht erheblich seyn, weil alle diese auf Servituten, welche in einzelnen Handlungen des Berechtigten bestehen, bezüglichen Interdicte, regelmäßig ein Jahr nach der letzten ruhigen Besitzhandlung angestellt werden müssen, mithin die einjährige Verjährungsfrist, die bei dem interd. Unde vi und uti possidetis, besonders bestimmt wurde und bestimmt werden muste, bei jenen Interdicten ganz von selbst sich ergab.

Davon abgesehen dürfte es aber auch unbedenklich seyn, auch in den Fällen, wo diese Interdicte eine längere Dauer

1) a. a. O. §. 113. flg.

Digitized by Google

haben (§. 18. II.) nach Analogie der übrigen Interdicte den Anspruch auf Schadensersatz auf ein Jahr zu beschränken.

§. 31.

XV. Diese Interdicte sind in der Regel *simplicia*. Dies ist bei dem interd. de itinere klar ausgesprochen,

L. 2. pr. de interd.

Interdictorum quaedam duplicia sunt quaedam simplicia.... Simplicia sunt ... et de itinere actuque privato.

und folgt auch aus der Natur der Sache, da derselbe Gegenstand — nemlich dieselbe Dienstbarkeit — nicht leicht von beiden Theilen wird in Anspruch genommen werden können, namentlich kann das nicht der Fall seyn, wenn — wie meistentheils — der Besitzer der angeblich dienenden Sache der Gegner ist, quia res propria nemini servit. Und selbst wenn ein Dritter der Gegner ist, tritt die Duplicität in der Regel nicht ein, weil, wenn er auch selbst auf die Ausübung des nemlichen Rechts Anspruch macht, seine Ausübung doch meistens neben der des Klägers bestehen kann.

Wenn aber der Gegenstand der Servitut so beschaffen ist, daß die Ausübung des Einen die Ausübung des Andern schlechterdings ausschließt oder wenigstens beschränkt, dann können auch diese Interdicte duplicia seyn. Dies ist ebenfalls ausgesprochen in L. 1. §. 26. de aqua. Si inter rivales i. e. qui per eundem rivum aquam ducunt, sit contentio de aquae usu, utroque suum usum esse contendente: duplex interdictum cuique competit.

Aehnliches kann vorkommen bei dem Jagd- Weide- Mastungs- und Beholzigungsrecht, weniger bei der servitus aquae haustus und pecoris ad aquam appulsus, und wohl gar nicht bei den Wege- und Schiffahrtsgerechtigkeiten. Um so unrichtiger ist es daher, wenn Schweppe[1]) die Duplicität gar als Regel annimmt.

1) a. a. O. §. 564.

Digitized by Google

§. 32.

XVI. Noch ist zu untersuchen, in wiefern diese Rechtsmittel activ und passiv auf Nachfolger übergehen. Diese Frage ist nicht, was oft geschieht, mit der oben §. 25. und 26. abgehandelten zu verwechseln, denn dort war davon die Rede ob der in der Ausübung verhinderte Nachfolger sich auf die Ausübung seines Vorgängers, und überhaupt Jeder auf die während der Besitzzeit des Vorgängers seines Gegners geschehene Ausübung zur Begründung des Interdicts berufen könne. Hier aber fragt es sich, ob das durch eine passive oder active Störung des Besitzvorgängers schon begründete Interdict vom Besitznachfolger und gegen denselben angestellt werden dürfe.

Was nun

1) den activen Uebergang des schon erwachsenen Interdicts betrifft, so kann wohl

a) nicht bezweifelt werden, daß dasselbe auf den Universalnachfolger unbedingt übergehe, sey es vom Erblasser schon angestellt oder nicht, da dies die Regel bei allen reipersekutorischen Klagen ist.

b) Auf den Singularnachfolger hingegen geht das Interdict nicht über, weil es ein persönliches Rechtsmittel ist [1]). Darum heißt es in L. 1. §. 24. de aqua: Si fundum ad quem aquam ducebas. vendideris et tradideris: nihilominus interdictum *tibi* utile est.

hat also der Vorgänger im Besitz es noch, so kann es der Nachfolger nicht haben, obwohl derselbe, wenn auch er vom Gegner in der Ausübung gehindert wird, auf die fehlerlose Ausübung seines Vorgängers hin unter den sonstigen Voraussetzungen in eigenem Namen ein Interdict anstellen kann. Das Interdict des Vorgängers würde freilich — falls er nicht das Recht als eine

1) L. 1. §. 3. de interd.

Digitized by Google

Personalservitut ohne Beziehung auf ein gewisses berechtiges Grundstück geübt hat — nur noch auf das id quod interest gerichtet seyn können.

2) Den passiven Uebergang anlangend, so ist derselbe

a) gegen den Universalnachfolger insoweit nicht zu bezweifeln, als aus der störenden Handlung etwas aus dem Besitzthum des Klägers auf ihn gekommen ist, oder — nach den Grundsätzen des kanonischen Rechts — die Erbschaft ausreicht. Denn dies ist die Regel bei allen actionibus rei persecutoriis ex delicto oriundis, und zu diesen muß man die Interdicte doch rechnen[1]).

b) gegen den Singularnachfolger kann das Interdict eben, weil es ein persönliches Rechtsmittel ist, nicht angestellt werden. Vielmehr muß der vom Vorgänger Verhinderte die Servitut wieder auszuüben versuchen, und wenn der Nachfolger es geschehen läßt, so fällt jede Ursache zur Klage gegen ihn weg. Verhindert er es, so kann nun gegen ihn geklagt werden, wenn nur die letzte fehlerfreie Ausübung gegen den Vorgänger noch in die Zeit eines Jahres von der Klage an rückwärts gerechnet fällt.

L. 3. pr. de itinere.

Gegen den Besitzvorgänger, welcher die Ausübung verhindert hat, bleibt dem Verhinderten das Interdict und zwar in seinem vollen Umfang auch in Ansehung des Verbots künftiger Hinderung, da ja auch ein Dritter, nicht im Besitz des angeblich dienenden Grundstücks sich befindender die Ausübung einer Servitut stören kann[2]).

Albert a. a. O. §. 195. flg. hat die hier eintretenden Fälle nicht genug unterschieden, und will in dem Fall 2b eine Aufforderung des Besitznachfolgers zur Erklärung ein-

1) Savigny a. a. O. §. 6.

2) L. 3. §. 5. de itinere.

Digitized by Google

treten lassen, die weder in den Gesetzen gegründet noch nöthig ist.

§. 33.

XVII. Endlich ist zu erwähnen, daß derjenige, welcher die zur Ausübung einer Servitut nöthigen Vorrichtungen ausbessern, und deshalb auf des Nachbars Eigenthum etwas vornehmen muß, die cautio damni infecti zu stellen hat.

L. 3. §. 11. L. 5. §. 4. de itinere.

L. 1. §. 38. de aqua quot.

L. 3. §. 9. de rivis.

welche denn auch die Wiederherstellung der Baulichkeiten des Nachbars umfaßt, die man etwa der Ausbesserung wegen zu zerstören oder zu verletzen genöthigt gewesen ist.

L. 1. §. 12. de cloacis.

(Schluß folgt im nächsten Heft.)

Digitized by Google

VII.

Beiträge zu der Lehre von den Nichtigkeiten im Civilprozesse.

Von

Linde.

(Fortsetzung der im vorigen Hefte abgebrochenen Abhandlung Nr. I.)

§. 23.

In Deutschland bot die Lehre von den Nichtigkeiten von jeher der Doctrin, Praxis und Gesetzgebung einen Stoff von großer Schwierigkeit dar. Die ältere germanische Gerichtsverfassung gab keine Veranlassung, zwischen sententia nulla und iniqua zu unterscheiden, und darum war ihr auch der Unterschied zwischen Appellation und Nichtigkeitsbeschwerde fremd. Erst mit der Bekanntschaft des römischen und der Ausbildung des canonischen Rechts, wurde der Unterschied in die deutschen Gerichte übergeführt. Darum befassen sich auch die ältern deutschen Prozessualisten, selbst bis zum jüngsten Reichsabschiede, hauptsächlich damit, die Lehre nach Anleitung des römischen und canonischen Rechts, und nach den Ansichten der italienischen Practiker zu behandeln, aber auch mit dem Bestreben, neben dem Aufzählen der einzelnen Nichtigkeitsgründe, deren bald mehr bald weniger angegeben wurden, die Nichtigkeitsgründe aus allgemeineren Gesichtspunkten zu klassifiziren, und so einen Erkenntnißgrund für

Digitized by Google

die einzelnen Nichtigkeitsfälle darzustellen. Die Nichtigkeiten leitete man gewöhnlich gleichfalls aus Vernachlässigung wesentlicher Bestandtheile des Prozesses, und daraus, daß gegen ein scriptum oder ex falsa causa gesprochen war. Während einige dabei voraussetzten, daß gegen ius divinum oder naturale gesprochen, und die sententia doch auch nicht ex consuetudine oder iure moribus majorum introducto gerechtfertigt erscheine, erklärten andere allgemein jede Sentenz für nichtig, die überhaupt contra ius expressim erfolgt war. Inwiefern daraus, daß gegen Gewohnheitsrecht gesprochen war, Nichtigkeit entstand, wurde meistens nicht berührt [1]).

Die verbreiteteste Lehre unterschied mit Vantius Nichtigkeiten, die aus einem Mangel in der Person des Richters, der Partheien und den wesentlichen Bestandtheilen des Prozesses hervorgingen. In diese letztere Cathegorie fielen die meisten Fälle, und aus ihnen entstanden die meisten Zweifel, wodurch dann aber wieder auf das Bedürfniß, zwischen heilbaren und nicht heilbaren Nichtigkeiten zu unterscheiden geführt, nicht aber auch Klarheit in die Lehre gebracht wurde. Der Umstand aber, daß die Nichtigkeitsbeschwerde binnen 30 Jahren erhoben, und nach vergeblich verhandelter Appellation immer noch angestellt werden konnte, die Grenzen zwischen heilbarer und unheilbarer Nichtigkeitsbeschwerde aber nicht weniger unsicher waren als die Ansicht, wenn überhaupt Nichtigkeit anzunehmen sey, hatte die Folge, daß man fast jede Sentenz unter dem Vorwande von Nichtigkeiten anzufechten vermochte, und damit das weiteste Feld für die Chikane der Advokaten geöffnet war; wiewohl in den Werken der Practiker Nichtigkeiten zur Sprache gebracht werden, mehr zu dem Zwecke, um zu lehren, wie man sie reparire und unschädlich mache, als um Mittel zum Angriffe gegen

1) Gerichtsord. für Ober- und Nieder-Bayern v. 1520. Tit. 9. §. 8.

Digitized by Google

Sentenzen zu geben. Wissenschaft und Anwendung vermochten nicht die schädlichen Folgen dieses Zustandes zu heben, weshalb seit dem Jahre 1521 die Reichsgesetzgebung sich mit den zeitgemäßen Nachhülfen zu befassen bemühte.

Eine Zusammenstellung aller, hierher gehöriger reichsgesetzlicher Bestimmungen beweist nun, daß man bemüht war, nicht ein System über die Lehre von den Nichtigkeiten aufzustellen, oder die Ansichten des römischen und canonischen Rechts über die Fälle, in welchen Nichtigkeiten anzunehmen seye zu bestimmen, sondern Bedenklichkeiten und Mißbräuche, die mit der veränderten Gerichtsverfassung in Deutschland sich gebildet und zum Theil ihren Ursprung oder ihre Veranlassung im canonischen Rechte und den Ansichten der italienischen Praktiker hatten, unschädlich zu machen. Auf diesem Wege war nämlich die Nichtigkeitsbeschwerde als ein eigenes Rechtsmittel nach Deutschland gekommen, und hatte besonders nachtheilig dadurch gewirkt, daß Appellation und Nichtigkeitsbeschwerde successiv als Rechtsmittel benutzt wurden. Dadurch gelang es der Chikane den Sieger im Appellationsverfahren, in einen langwierigen Nichtigkeitsprozeß zu verwickeln. Um diesem Uebel zu steuern, verordnete zuerst die Cammergerichtsordnung vom Jahr 1521 Tit. 21. die Nullität berührend:

§. 1. Nachdem auch an den vndern gerichten, auß einfeltigkait, vnfleiß, oder bißher geübten mißbreuchen, nichtige proceß vnd Nullitet ye zu zeiten befunden, so ist bedacht, wo yemandt an vnserm Cammergericht die Nullitet oder nichtigkait voriger rechtvertigung fürzuwenden gedecht, sol er solch clag sampt der clag auff die iniquitet, beschwerde vnd vngerechtigkait hieuor gesprochener vrtail, ob er ym die zu gebüren vermaint, alternatiue vnd mit ainander gleich einzubringen schuldig sein, vngeuerlich dermassen: Herr Cammerrichter, ich bitte euch, vber dise Nullitet zu erkennen, vnn ob die nit gegründt befunden, alßdann, vnd nit ehe, bit ich,

Digitized by Google

auff mein andere clag der iniquitet, vngerechtigkait des vorigen rechtsspruchs zu vrtailen ꝛc. Also wirt dadurch der verzug zwyfechtiger rechtuertigung, so am Kaiserlichen Cammergericht bißher nachainander hat beschehen mögen, abgeschnitten, vnd geuerlich verlengerung vermitten. Vnd so der Cammerrichter vn Beysitzer solchangezogne nichtigkait nit dergestalt erfunden, daß dadurch einer parthey in der Hauptsach ain vnwiederbringlich vnrecht beschehe, solten dieselben vordern proceß anderer vnförmlichkeit halben, als nichtig, bei ynen nit verworffen werden.

Die Cammergerichtsordnung zu Nürnberg v. J. 1523 Tit. 5. Wie auch in Appellation und nichtigkaitssachen auff erst Termin soll gehandelt werden. §. 6. 7.

§. 6. Ferner, der nichtigkait halber ist geordnet, wo yemants die nullitet oder nichtigkait neben der appellation sachen voriger rechtfertigung fürzuwenden hette, sol er solich clag, sampt der clag auff die iniquitet, beschwerde vnd vngerechtigkait hieuor gesprochen vrtail, ob er ym die zu gebüren vermaint, alternatim, vnd mit ainander gleich einzubringen schuldig sein, vngeferlich der massen: Herr Cammerichter, ich bit euch, vber diß nullitet zu erkennen, vnd ob sie mit gegründt gefunden, alßdann und nit ehe, bit ich, auff mein ander clag der iniquitet vnd vngerechtigkeit des vorigen rechtsspruchs zu vrtailen. Also wirt dadurch der verzug zwifechtiger rechtfertigung abgeschnitten. Vnd so der Cammerrichter vnn Beysitzer, soliche angezogen nichtigkait mit dergestalt erfunden, das dadurch ainer parthey in der hauptsach ain vnwiederbringlich vnrecht beschehe, solten dieselben vorder prozeß, ander vnförmlichkait halben, als nichtig, nit verworfen werden. — §. 7. Wo aber die nullitet allein fürgenommen wirt, sol derselben halb, wie in extraordinarijs angezaigt ist, in den Terminen fürtgefaren vnd procedirt werden.

Digitized by Google

Die Cammergerichtsordnung zu Speyer v. J. 1527. §. 23.

Wenn auf die Nullität gehandelt wird, sollen die procuratores die Ursachen der Nullität neben der Iniquität in der Klage specifice ausdrücken und bestimmen.

Der Reichsabschied zu Regensburg v. J. 1532. Tit. 3. §. 17.

Und damit Unsere Cammerrichter und Beysitzer desto fleißiger sein, so sie besorgen müssen, daß die Acta folgends nach gesprochenes Urtheil auch besichtiget und niemands an Unserm Cammergericht Unrecht geschehe, zu dem, daß solches Unsern Kaiserl. Rechten nicht entgegen, so wider Endurtheil zu suppliciren zu lassen, und die Richter, so unrechtmässige Urtheil aussprechen, den Krieg ihr eigen machen, und deshalb ad Syndicatum gestellet werden mögen: Setzen ordnen und wöllen Wir, wo einige Parthei hinfürter vermeint, daß sie durch Cammerrichter und Beisitzer beschwärt und unrechtmäßige und nichtige Urtheil wider sie gesprochen und eröffnet und derhalben Cammerichter und Beisitzer gedächte zu syndiciren, daß denselben solches zu thun, Vermög Unser Kaiserl. Recht zugelassen sein soll, doch dergestallt, daß derselbig, so Cammerrichter und Beisitzer ad Syndicatum zu stellen willens, solches Unsern Freund und Oheim dem Cardinal und Erzbischoff zu Mainz, als des Reichs-Erz-Canzlern, zween Monat vor prima Maji, zu jeder Zeit in Schriften zu erkennen gebe. Darauf gedachter Erzbischoff den Churfürsten, Fürsten, Prälaten, Grafen und Städten so zu der jährlichen Visitation verordnet, schreiben, ihnen solches anzeigen, mit Begehren, ihr treffentliche, erfahrne, geschickte und gelehrte Räth zu schicken, in solchen Sachen, Vermög der Recht zu handeln und die Billichkeit zu verfügen. Doch daß nichts desto weniger mit Execution der gesprochnen und erkannten Urtheil, am Cammergericht vollefahren und procedirt werde. Und soll solches Syndiciren auf des Syndikanten Kosten beschehen, auch vor denselben verordneten

Digitized by Google

Syndicatoren nichts neues, was die Partheien und Merita causae betrifft, fürgewandt, sondern allein aus den vorigen beschlossenen Actis auf die Nichtigkeit oder unrechtmäßige Beschwärd der Urtheil gehandelt werden und die gemeldeten Syndicatores der Sachen auswarten, auch endliche Erkanntnuß der Hauptsachen und Unkosten thun.

Die Cammergerichtsordnung zu Augsburg v. J. 1555 Theil 3. Tit. 34 und Concept zur C. G. O. v. J. 1613 Theil 3. Tit. 40. Von Nullitet und nichtigkeit sachen, wie, und welcher gestalt in denselben procedirt und gehandelt werden sol.

§. 1. Nachdem sich auch ja zu zeiten nichtigkeiten und Nullitäten der Prozeß oder vrtheil, an den Vndergerichten ergangen befinden: Wöllen wir, wo jemandts an unserm Cammergericht solche Nullitet oder nichtigkeit voriger Rechtfertigung oder gesprochener Vrtheil für zu wenden gedächt, daß er solchs, sampt der klag auff die Iniquitet, beschwerde vnd vngerechtigkeit derselben Vrtheil, ob er einige zu haben vermeynt, alternatiue vnd mit einander gleich eynzubringen schuldig sein soll, vnd bitten: vber die Nullitet zu erkennen, vnd ob die nit gegründet befunden, alsdann, vnd nit ehe, auff die ander klag der Iniquitet vnd ungerechtigkeit deß vorigen Rechtsspruchs zu vrtheilen ꝛc. damit der Verzug zweyfeltiger Rechtfertigung, so an dem Kayserl. Cammergericht bißher nach einander hat beschehen mögen, abgeschnitten und gefehrlich verlengerung vermitten werde. Vnd so der Cammerrichter vnd Beysitzer solche angezogen nichtigkeit nicht dergestalt erfünden, daß dadurch der Parthei in der hauptsach ein vnwiderbringlich vnrecht geschehe, solten dieselbigen vorigen Prozeß anderer vnförmlichkeit halben, als nichtig, nit verworffen, sonder darauf in der Hauptsach erkendt werden, was recht ist.

§. 2. Und soll also die Nullitet, so incidenter vnd nit prinzipaliter fürgenommen, neben vnd mit der Iniquitet zu-

Digitized by Google

gleich, auf alle Termin außgeführt, vnd in massen, wie oben von Appellationsachen gesetzt ist, procedirt vnd gehandelt werden: Es were dann sach, daß sich aus den Actis erster Instanz eine offentliche Nullitet befünde, welche in anderer Instanz nit ratificirt werden möcht; alsdann sollen unser Cammerrichter und Beysitzer auch vor der kriegsbefestigung, und ex officio darüber endtlich zu sprechen vnd zu erkennen, gewalt vnd macht haben.

§. 3. Wo aber von vrtheilen nit appellirt, sonder auff die nullitet principaliter vnd allein geklagt würde, soll derselben halben in extraordinariis, wie in andern dergleichen Sachen simplicis querelä, fürtgefahren vnd procedirt werden.

§. 4. Vnd sollen die procuratores die vrsachen der nullitet, der halben principaliter gehandelt wirt, specifice außzutrucken vnd zu bestimmen schüldig sein.

Theil 3. Tit. 53 (Concept Tit. 63). Von Revision und Besichtigung der Acten, und gesprochenen Urtheilen am Kaiserl. Cammergericht, auch Syndicat der Urtheiler, und wie es mit dem allen gehalten und gehandelt werden soll.

§. 1. Damit auch Cammerrichter und Beisitzer desto fleißiger sein, so sie besorgen müssen, daß die Acta folgends nach gesprochener Urtheil auch besichtigt, und niemandt an dem Kammergericht unrecht geschehe, setzen, ordnen und wollen Wir, wo einige Parthei hinfürter vermeinet, daß sie durch Cammerrichter und Beisitzer beschwert, und unrechtmäßig oder nichtig Urtheil wieder sie gesprochen und eröffnet, und derhalben gedächte, um Straff ungerechter Richter, oder Reformation und Besserung solcher Urtheile anhalten, daß derselben Parthei solches zu thun, zugelassen sein soll, dergestalt, daß sie solches unserm Neven, dem Erzbischoffen zu Maynz, als des Reichs Erz-Canzler, an der Kaiserl. Majestät statt, zween Monath vor prima Maii, zu jederzeit in Schrifften zu erkennen geben, darauf gedachter

Digitized by Google

Erzbischoff Ihrer Liebd. und Kaiserlich Majestät oder deren Abwesens, Uns, als Römischen Konig, auch den Churfürsten, Fürsten, Prälaten, Grafen und Städten, so zu der jährlichen Visitation verordnet, schreiben, Ihr oder Uns und ihnen solches anzeigen, mit Begehr, neben Ihrer Liebd. und Kaiserl. Majestät oder unsern Commissarien ihre treffliche, erfahrne geschickte und gelehrte Räthe zu schicken, in solchen Sachen, neben denselben verordneten Commissarien auch dem Präsidenten und Beisitzern, durch welche die Urtheil gefällt und gesprochen, alle und jede Gerichts-Acta solcher Sachen mit Fleiß zu revidiren und besichtigen, und vermöge der Rechte zu handeln, und die Billigkeit zu verfügen; Wo aber vor der Zeit gesprochener Urtheile, bis auch die prima Maji nicht zween Monate bevor, alsdann soll solches Ausschreiben zween Monate vor prima Maji des nächst darnach folgenden Jahrs geschehen. Ob auch einer oder mehr der Urtheiler, so bei Verfassung solcher Urtheile gewesen, von dem Cammergerichte abgestanden oder sonst abwesend wären, denselben sollen Cammerrichter und Beisitzer angesetzten Tag auch verkünden.

§. 2. Und damit in solchen der Partheyen Calumnien und Muthwillen, darinn sich mehr das Cammergericht zu betrüben, als sich einiger Beschwerden zu erholen gebrauchen mögten, fürkommen und gebührlicher Weise gestrafft würden, sollen solche anhaltenden Partheien, zuvor und ehe solche Revision fürgenommen, eine Summe Geldes, welche nach Gelegenheit der Personen und Sachen, durch die verordneten Visitatoren gemäßigt werden soll, im Fall, daß die gesprochene Urtheil gerecht erfunden, dem kaiserl. Fisco zu Straffe, zu Entrichtung des Kostens, so jederzeit auf solche Syndicat und Revision gehet, erlegen und dafür genugsamlich verbürgen; und soll solche Revision und Handlung nachfolgendermaßen fürgenommen werden.

§. 3. Erstlich soll die klagende Parthei, ob sie will, die

Ursachen ihre Beschwerden in einer, und dargegen ihr Widertheil ihre Nothdurft auch in einer Schrifft, und doch in solchen beiden Schrifften nichts neues, sondern allein die Irrsal und Ableimung derselben fürbringen und keinem Theil weiter oder mehr Schrifften zugelassen werden.

§. 4. Darauf sollen alsdann der Kaiserlichen Majestät oder Unsere, als Römischen Königs, verordnete Commissarii, die Räthe samt dem Präsidenten und Beisitzern, so solche Urtheil gesprochen, bei ihren Pflichten und Eyden, so sie in Annehmung ihrer Aemter geschwohren, und die Commissarii und Räthe von neuem zu solchen Sachen, inmassen hernach folget, schwören sollen: Erstlich alle und jede Gerichts Acta solcher Sachen mit allem Fleiß revidiren, besichtigen und erwegen, auch die Beisitzer, so die Urtheile gefällt und gesprochen, im Beisein derselben, die Ursachen und Gründe, daraus solch Urtheil geschöpft ist, anzeigen, und folgends die Räthe allein, ausserhalb der Assessoren, darüber erkennen, und solche Urtheil, so sie gerecht erfunden, wiederum confirmiren und bekräfftigen, oder so nichts durch die Urtheiler übersehen und geirret, oder solch Urtheil sonst nichtig oder den Rechten nicht gemäß wäre, reformiren: Und im Fall, da die Urtheile aus Uebersehen der Richter, als nichtig oder ungerecht reformiret würden, soll der Parthei ihr erlegt Geld wiederum zugestellet, und mit der Execution solcher reformirten Urtheil an dem Cammergericht vollfahren werden.

§. 5. Und ob solche Nichtigkeit oder Ungerechtigkeit erst gesprochener Urtheile, nicht aus Betrug oder arge List, sondern allein aus Versehen, Unfleiß, Unwissenheit oder Irrsal der Procuratoren oder Richter gefolget, soll gegen denselben, bei denen solcher Unfleiß befunden, durch der Kaiserlichen Majestät oder Unsere, des Römischen Königs, verordnete Commissarien und Visitatoren, vermög voriger Ordnung und wie sonst recht und billig sein wird, gehandelt: Aber sonst mit derselben gesprochenen Urtheiler halben, gleich wie mit

Digitized by Google

Feindschaft oder ander dergleichen Ursachen wegen, ein nichtige und ungerechte Urtheil gefällt und gegeben wäre, dieselbe Partheі soll in diesem Fall jederzeit sich nicht allein der Revision, wie obgemeldt zu gebrauchen, sondern auch Fug und Macht haben, die Urtheiler, so angezeigter Gestalt gehandelt ad Syndicatum zu stellen, und wie sich des Orts vermöge der Rechte gebühret, gegen ihn zu handeln: ꝛc.

Die Cammergerichtsordnung zu Speyer v. J. 1470 §. 68. 69.

§. 68. Damit aber die Unterthanen nicht Rechtlos gelassen würden, soll ein jeder sein Unter- und Hofgericht, mit verständigen Urtheilern besetzt halten, auf daß daselbst den Partheien zu Recht und Billigkeit verholfen werden möge.

§. 69. Ebenermassen soll es auch gehalten werden, da man auf die Nullität principaliter oder pro restitutione in integrum, wieder ergangen Urtheil klagen und procediren wolle.

Deputations-Abschied zu Speyer v. J. 1600. §. 14.

„Wiewohl nun auch in dem Speierschen Abschied, Anno 70 auffgericht, versehen, daß kein Appellationsach, da die Klag unter 150 Gelden hauptguts were, angenommen, und es ebener gestalt, da man auf die Nullitäten prinzipaliter, oder pro restitutione in integrum wider ergangen Urtheil, klagen und procediren wolle, gehalten werde; so ist doch u. s. w.

Instrumentum pacis Osnabrugensis d. a. 1648. Art. 4. §. 49.

Sententia tempori belli de rebus mere saecularibus pronunciatae, nisi processus vitium et defectus manifeste pateat, vel in continenti demonstrari possit, non quidem omnio sunt nullae, ab effectu tamen rei judicatae suspendantur: donec acta judicialia (si alterutra pars intra semestre ab inita pace spacium petiverit revisionem) in judicio competenti, modo ordinario vel extraordinario in imperio usitato, revideantur et aequabili jure ponderentur,

Digitized by Google

atque ita dictae sententiae vel confirmentur vel emendentur, vel si nulliter latae sint, plane rescindantur.

Die C. G. O. v. 1521 hatte sich zweierlei zum Ziele gesetzt:

1) daß in einem Falle, wo eine Parthei nicht blos wegen sententia iniqua Appellation, sondern auch wegen sententia nulla die Nichtigkeitsbeschwerde erheben wollte, nicht zwei getrennte prozessualische Verfahren nacheinander eingeleitet, sondern beide Rechtsmittel gleichzeitig angebracht und verhandelt würden. Zu diesem Ende wurde bestimmt; daß wenn Jemand die Nichtigkeitsbeschwerde anzustellen beabsichtige, er alsdann, wenn er auch wegen Iniquität ein ordentliches Rechtsmittel (Appellation) ergreifen wolle, beide alternative mit einander gleich einzubringen schuldig sei; und sogar in der Weise, daß zunächst über die Nullität, und darauf erst über die Iniquität zu entscheiden war; man also gewissermassen mit Recht sogar sagen kann, die Appellation habe mit der Nichtigkeitsbeschwerde verbunden werden müssen.

2) Daß die Nichtigkeitsbeschwerde die Verwerfung des vordern Verfahrens als nichtig nur dann im Gefolge haben solle, wenn die Nichtigkeit von der Art wäre, daß dadurch „einer Parthei in der Hauptsache ein unwiderbringliches Unrecht geschehe."

Durch die Nothwendigkeit der gleichzeitigen Anbringung der Nichtigkeitsbeschwerde mit der Appellation war stillschweigend und indirect zugleich verfügt, daß in allen Fällen, in welchen eine Parthei von den, gegen die Iniquität zuständigen Rechtsmittel Gebrauch machen wollte, sie auch rücksichtlich der Nichtigkeitsbeschwerde an die Zeit des Einbringens und Verhandelns der Rechtsmittel gegen Iniquität (Appellationsfatalien) gebunden war. Da der Gesetzgeber durch diese Maßregel aber nur bewirken wollte, „daß dadurch der Verzug zweifacher Rechtfertigung, welche vor dem J. 1521 nach einander geschehen war, abgeschnitten, und

Digitized by Google

gefährliche Verlängerung des Rechtsstreits vermieden werde;" so fand jene, auf Vereinigung der Nichtigkeitsbeschwerde mit der Appellation dringende gesetzliche Anordnung in allen denjenigen Fällen keine Anwendung, in welchen gegen sententia *iniqua* entweder ein Rechtsmittel nicht mehr zulässig oder von der Parthei nicht ergriffen war. Für solche Fälle hatte das Reichsgesetz über Anbringung und Verhandlung der Nichtigkeitsbeschwerde nichts bestimmt. Deshalb wurde in der C. G. O. v. 1523. Tit. 5. nachdem sie §. 6. die Anordnung der C. G. O. v. 1521. §. 1. wörtlich wiederholt hatte, im §. 7. noch ergänzend bestimmt, welches Verfahren in dem Falle statt finden solle, wenn die Nichtigkeitsbeschwerde nicht in Verbindung mit der Appellation, sondern allein vorgebracht würde.

Da die Cammergerichtsordnungen v. 1521 und 1523 zwar allgemein vorgeschrieben hatten, daß die Klage auf Nullität mit der auf Iniquität zugleich (incidenter und nicht prinzipaliter, wie sich die C. G. O. v. 1555 ausdrückt) vorgenommen würde, aber weder ausdrücklich bestimmt hatten, daß über die Klage auf Nullität gerade so, wie über die Klage auf Iniquität prozedirt werden sollte, und aus der Bemerkung jener C. G. Ordnungen: daß durch jene Verbindung beider Rechtsmittel „der Verzug zweifacher Rechtfertigung vermieden werde," nur gefolgert werden konnte, daß wenigstens gleichzeitige Rechtfertigung der Appellation und Nichtigkeitsbeschwerde vorausgesetzt sey; noch auch ausdrücklich angegeben hatten, ob dann, wenn eine Nichtigkeit nicht dergestalt befunden wurde: „daß dadurch einer Parthei in der Hauptsache ein unwiderbringlich Unrecht geschehe und deshalb der vordere Prozeß nicht als nichtig zu verwerfen war," denn doch nicht in der Hauptsache ein den Rechten entsprechendes Erkenntniß auf den Grund der Nichtigkeitsbeschwerde, welche eine Nichtigkeitserklärung der vordern Prozesse zu bewirken nicht im Stande

Digitized by Google

war, erfolgen sollte; so bestimmte die C. G. O. v. 1555. III. 34. im §. 2. ergänzend: „daß die Nullität, so incidenter und nicht prinzipaliter vorgenommen, neben und mit der Iniquität zugleich, auf alle Termine ausgeführt, und in Massen, wie in Appellationssachen gesetzt, procedirt und gehandelt werden solle. Zugleich wurde aber, wenn auch Appellation und Nichtigkeitsbeschwerde gleichzeitig verhandelt wurde, doch für gravere Nullitätsfälle noch das Besondere verordnet: „Es wäre dann sach, daß sich aus den Actis erster Instanz eine öffentliche Nullität befände, welche in anderer Instanz nicht ratifizirt werden möcht, als dann sollen unser Cammerrichter und Beisitzer, auch vor der Kriegsbefestigung, und ex officio, darüber endlich zu sprechen und zu erkennen, Gewalt und Macht haben." Ferner wurde am Ende des §. 1. der C. G. O. a. a. O., welcher die Anordnungen der C. G. O. v. 1521. Tit. 21. § 1. u. v. 1523. Tit. 5. §. 6. wiederholte, hinzugefügt: daß wenn eine Nichtigkeit auch nicht die Wirkung zu äußern vermöge, daß die vorigen Prozesse als nichtig verworfen würden, dann doch der Richter „darauf in der Hauptsache erkennen solle, was Rechters sey."

Aus dieser Darstellung geht hervor, daß nach der Reichsgesetzgebung vor dem J. R. A. die Nichtigkeitsbeschwerde nur dann binnen 30 Jahren, gegen ein Urtheil prinzipaliter angestellt werden konnte, wenn die Parthei nicht gegen dasselbe Urtheil schon appellirt hatte. Wo Gelegenheit war, die Nichtigkeitsbeschwerde incidenter zu verhandeln, war eben dadurch die Befugniß, sie prinzipaliter vorzubringen, unbedingt ausschlossen. Dieser Grundsatz galt allgemein von allen Arten von Nichtigkeiten. Wenn es also überhaupt noch zulässig war, die Nichtigkeitsbeschwerde prinzipaliter anzubringen, dann konnte auch jede Art von Nichtigkeit dazu benutzt werden.

Wenn nun wegen der Nullitäten incidenter, neben der

Digitized by Google

Appellation, verhandelt wurde, dann hatte die Verschiedenheit der Ansicht der Partheien, ob sententia iniqua oder nulla sey, eigentlich wenig practisches Interesse, theils wegen der nothwendigen gleichzeitigen Verhandlung, theils, weil die bedeutenderen, und deshalb nicht leicht in thesi zu begründeter Meinungsverschiedenheit Veranlassung gebenden, Nullitätsfälle abgerechnet der Richter angewiesen war, wenn auch auf die Nichtigkeit incidenter geklagt worden, doch nicht das Verfahren zu cassiren, sondern gerade so, als wenn auf die Iniquität geklagt wäre, mit Aufrechthaltung des Verfahrens, in der Hauptsache zu erkennen, was Rechtens. Daher kam dann auch wohl dann, wenn die Nichtigkeit incidenter vorgebracht wurde, kein lebhafter Streit darüber vor, ob sententia nulla oder iniqua sey. Wenn dagegen nicht appellirt worden war, und nach Ablauf des decendii die Nullitätsbeschwerde principaliter angestellt wurde, dann lag es im Interesse des Querulaten, zu behaupten, daß die sententia nicht als nulla, sondern nur als iniusta hätte angegriffen werden können, um auf diese Weise die Nichtigkeitsbeschwerde zu beseitigen, während der Querulant mit der, binnen einem Zeitraum von 30 Jahren zuständigen Nichtigkeitsquerel, wenn er erst ihre Zulässigkeit errungen hatte, noch alle Vortheile der Appellation, die schon längstens nicht mehr ergriffen werden konnte, trotz der Rechtskraft des Urtheils, zu erstreben sich bemühen konnte. Denn die Bestimmung der Reichsgesetze, wornach, wenn die vorgebrachte Nichtigkeit nicht dergestalt befunden wurde, daß dadurch der Parthei in der Hauptsach ein unwiderbringlich Unrecht geschehen, die vordern Prozesse anderer Unförmlichkeit halber als nichtig nicht verworfen, sondern darauf in der Hauptsache, das Rechtliche erkannt werden sollte, öffnete dem Querulanten die Aussicht, auch mit solchen Nichtigkeitsgründen, die sich mehr zu Appellationsgründen geeignet haben würden, noch Gehör zu finden, und Abänderung des Urtheils zu bewirken.

Digitized by Google

In Beziehung auf die, schon den ältern Practikern bekannten, Eintheilungen der Nichtigkeiten in heilbare und unheilbare, hatten die angegebenen Reichsgesetze bis zur C. G. O. v. 1555 einschließlich keine andere Bestimmung erlassen; wohl aber im Grundsatze die Wirksamkeit der Nichtigkeiten auf den Fortbestand des Prozesses und Urtheils, zwar allgemein, jedoch sehr bestimmt ausgedrückt. Die Bestimmung nämlich, welche allgemein wegen aller Nichtigkeiten getroffen wurde: „daß wenn sie nicht dergestalt erfunden würden, daß dadurch der Parthei in der Hauptsache ein unwiderbringlich Unrecht geschehe, anderer Unförmlichkeiten halber, dieselbigen vordern Prozesse als nichtig nicht verworfen, sondern darauf in der Hauptsache erkannt werden sollte, was Rechtens ist;" enthielt zwar nichts, was die Practiker nicht schon gelehrt und zur Anwendung gebracht hatten; aber gesetzlich war diese Bestimmung noch nicht sanctionirt; und sie enthielt im Wesentlichen Grundsätze die dem römischen Rechte durchaus, eigentlich aber auch dem canonischen widersprachen, Diese Bestimmung nun baute eine bedeutende practische Folge auf die thatsächliche Beschaffenheit der Nichtigkeiten in jedem concreten Falle. Darauf, ob durch eine Nichtigkeit einer Parthei in der Hauptsache ein unwiderbringlich Unrecht geschehe, sollte es ankommen, ob der ganze Prozeß als nichtig zu verwerfen sey. Unförmlichkeiten die einen solchen Nachtheil für eine Parthei nicht hatten, sollten auch nicht die Wirkung haben, die Cassation des ganzen Verfahrens herbeizuführen. Es hing nicht von der Natur einer Nichtigkeit im allgemeinen, sondern von ihrem Befunde im concreten Falle ab, ob sie zur Cassation des vordern Verfahrens führen sollte oder nicht. Die jeder Nichtigkeit außerdem beiwohnende Eigenschaft, daß der ihr zum Grunde liegende Mangel den Act, dem er anklebt, als wirkungslos darstellt, ist dadurch nicht aufgehoben, so wie überhaupt damit, daß Nichtigkeiten unter bestimmten Voraussetzungen

Digitized by Google

nicht zur Cassation des ganzens Verfahrens führen sollten, nicht auch ausgesprochen war, daß solche Nichtigkeiten aufhören sollten, Nichtigkeiten zu seyn oder als solche betrachtet zu werden. Nach römischen und zum Theile noch nach canonischem Rechte, waren die Wirkungen der Nichtigkeiten offenbar nicht überall in ein angemessenes Verhältniß mit dem Mangel, der der Nichtigkeit zum Grunde lag, gesetzt. Wenn es unbedingt Grundsatz war, daß eine Nichtigkeit das Urtheil und den ganzen Prozeß vernichtete, so reichte oft die Wirkung weiter, als die Ursache forderte. Wenn nun die spätere Praxis die Wirkung mehr in ein richtiges Verhältniß zur wirkenden Ursache brachte, so wurde diese dadurch in ihrem Wesen keineswegs verändert, d. h. eine Nichtigkeit hörte dadurch weder auf, das Mangelhafte nichtig zu machen, noch auch als Nichtigkeit beurtheilt zu werden, sondern sie vernichtet nur so viel, als nothwendig durch den Mangel, der in der Nichtigkeit lag, berührt, fallen mußte. Auch ist dadurch, daß eine Nichtigkeit nicht die Cassation des ganzen Prozesses bewirkt, sie nicht aus dem Gebiete unheilbarer in das der heilbaren Nichtigkeiten getreten; denn die Eigenschaft des heilbaren und unheilbaren, muß ihrem Begriffe nach absolut seyn; denn wenn man eine unheilbare Nichtigkeit deshalb in das Gebiet der heilbaren setzen wollte, weil sie heilbar geworden, so setzte man ja eben voraus, daß sie keine unheilbare gewesen sey.

Eben so klar ist es, daß durch die reichsgesetzlichen Anordnungen, wahre Nichtigkeiten nicht deshalb aufgehört haben dieses zu seyn, weil sie nicht unter allen Umständen die Nichtigkeit des Prozesses herbeiführen; daß die Reichsgesetze selbst auch solche Unförmlichkeiten noch als Nichtigkeiten betrachten, geht aus der Fassung der Gesetze selbst hervor.

§. 24.

Der Hauptübelstand bestand also darin, daß nach unbenutztem Ablauf des zehntägigen Appellationsfatale nach

Digitized by Google

binnen dreißigjähriger Frist alle Arten von Nichtigkeiten, also auch solche, wegen welcher reichsgesetzlich die vordern Prozesse nicht einmal aufgehoben werden durften, wohl aber, was in der Hauptsache Rechtens war, erkannt werden mußte[1]), angebracht werden konnten, wodurch nicht nur viele Weitläufigkeit entstand, und die Kraft und Wirkung der Zeit nach rechtskräftig gewordener Urtheile, ungewiß wurde, sondern auch viel Chikane ausgeübt werden konnte. Diesem Mißstande konnte auf mehrerlei Weise abgeholfen werden[2]), dadurch nämlich:

a) entweder, daß man den Unterschied zwischen sententia nulla und iniusta gänzlich aufhob und festsetzte, daß sowohl von der einen als der andern intra decendium appellirt werden solle;

b) oder, man konnte, wenn man den Unterschied zwischen sententia iniusta und nulla beibehalten, und nicht die Einbringung der Nullitäten an das decendium knüpfen wollte, doch eine kürzere Frist, als die dreißigjährige festsetzen, und die Härten, welche sich dabei etwa noch herausstellten, durch umsichtig bedingte Restitutionsmittel zu vermeiden suchen;

c) oder endlich, man konnte das bestehende reichsgesetzliche System über die *incidenter* anzubringende Nichtigkeitsbeschwerde ferner beibehalten; aber das System über

1) Denn wenn gleich die C. G. O. v. 1555. III. 31. §. 1. diese Bestimmung nur bei Gelegenheit der incidenter deducirten Nichtigkeitsquerel behandelt, so gilt sie doch, nicht nur nach den ältern Reichsgesetzen, sondern auch nach der frühern und spätern Praxis, wie aus Wantius und Andern hervorgeht, allgemein auch, wenn wegen Nullität prinzipaliter geklagt war.

2) Andere Mittel, dem Unfug vorzubeugen, bleiben hier außer Betracht, da es blos darauf ankommt, den Sinn der Reichsgesetzgebung, insbesondere den der §§. 121. u 122. des J. N. A. zu ermitteln, und hier das Verständniß seiner Geschichte einzuleiten; dabei aber nur jene beiden Wege deshalb in Betracht kommen, weil sie von den betretenen die wichtigsten waren.

Digitized by Google

die principaliter anzubringende Nichtigkeitsbeschwerde darin abändern, daß auf diesem Wege nicht mehr alle Arten von Nüllitäten, sondern blos diejenigen verfolgt werden durften, wodurch einer Parthei in der Hauptsache ein unwiderbringlich Unrecht geschehen war, die ihrer Natur nach, wenn sie auch incidenter vorgebracht worden wären, eine Nichtigkeitserklärung der vordern Prozesse bewirkt haben würden, und eben deshalb sich von Appellationsbeschwerden in Zweck und Wirkung so wesentlich unterschieden, daß es nicht einmal zweckmäßig war, für sie das Appellationsverfahren als das einzig zulässige anzuordnen.

Diese drei verschiedenen Wege kamen bei den Verhandlungen, aus denen der §. 121. u. 122. des J. R. A. hervorgegangen ist, zur Sprache und Berathung. Darum ist es nöthig, daß hier die Geschichte jener Verhandlungen in Erinnerung gebracht wird, weil aus ihr, mit Berücksichtigung dessen, was hier über die frühern Reichsgesetze hervorgehoben ist, sich erst klar erkennen läßt, was durch den J. R. A. in dieser Lehre geändert, Neues festgesetzt, und wie damit das reichsgesetzliche System dargestellt ist.

Auf dem im J. 1641. zu Regensburg gehaltenen Reichstage hatte der Kaiser wegen Verbesserung der Reichsjustiz Propositionen vorgelegt, aber unter den damaligen Zeitverhältnissen wurde beschlossen, den Gegenstand auf einem besondern Deputationsconvent, welcher am 1. Mai 1642 zu Frankfurt beginnen sollte, auszustellen.

Der Fürstenrath stellte demgemäß in seinem Memoriale am 29. Sept. 1641. den Delibirationspunkt auf:

„Wie die gar zu häuffig auffwachsende Appellationen und andere Proceß an dem Kaiserl. Cammergericht möchten zu verhüten sein [1]).“

1) Joh. Gottfr. v. Meiern Acta comitialia Ratisbonensia. Götting. 1740. Th. II. Buch 8. S. 29. N. 5.

Digitized by Google

Im Gutachten des Reichscammergerichts über die Verbesserung des Justizwesens in Deutschland, vom 16. Juni 1643, wurde zwar auch über den Punct 5, die Verhütung der häufigen Appellationen betreffend, gesprochen, aber nichts die Geschichte der Lehre von den Nichtigkeiten oder den Sinn des J. R. A. Erläuterndes, geäußert [1]; aber bei der am 22. Mai 1644 über diesen Punct erfolgten Abstimmung kamen viele interessante Bemerkungen vor. Es wurde nemlich votirt [2].

Oesterreich: Liessen es bei ihrem eignen Aufsatz bewenden.

Baiern: Befinde zwar auch das abgelesene Concept den vorhergemachten Conclusis gemäß, wollte aber in Krafft vor diesem beschehenen Reservats, bei diesem Puncte dieses erinnert haben, daß nachdem in Camera inter sententiam nullam et injustam, so weit ein Unterschied gemacht worden, daß ratione illius nicht von nöthen, intra certum tempus die querelam nullitatis zu interponiren, sondern solches innerhalb 10. 20. 30. und mehreren Jahren zu thuen vorbehalten gewesen, also zu Abschneidung solcher Weitläufftigkeit, und damit der obsiegende Theil wissen möge, ob und wenn die für ihn ergangene Urtheil in ihre Krafft und Würkung endlich erwachsen, nicht undienlich sein würde, wann dieser Unterschied ganz aufgehoben und statuirt werden sollte, sowohl a sententia nulla alß injusta intra decendium zu appelliren.

Burgundt: Wie Oestreich, und liessen ihnen dabei die von Baiern jetzt beschehene Erinnerung keines Weges mißfallen.

Braunschweig: Liesse es auch bei dem Concept und Bayerscher Erinnerung allerdings bewenden, so solches uf ein Decennium gemeint.

---

1) v. Meiern a. a. O. Th. II. B. 9. S. 150. flg.

2) v. Meiern a. a. O. B. 9. S. 163. flg.

Digitized by Google

Würzburg. Imgleichen.

Pommern: Wüste auch seines Theils zuvorderst bei dem abgelesenen Concept, als den vormahls gemachten Conclusis gantz gemäß, nichts zu erinnern; so viel aber die in dem Hochlöbl. Bayrischen Voto vorgeschlagene gäntzliche Uffhebung des Unterscheids inter sententiam nullam et iniquam ratione termini interponendi betreffen thut, erinnerte man sich zwar gar wohl, welchergestalt vielmahls cauti litigatores sich des Remedii nullitatis longo tempore competentis so fern zu mißbrauchen pflegen, daß sie per ejusmodi viam pendente nullitatis cognitione nach und nach ipsam injustitiam et iniquitatem sententiae hauptsächlich zu insinuiren und zu deduciren, und die Exekution der vorher bereits in Krafft erwachsenen Urtheilen dardurch zu retardiren sich unterstehen dürffen, dergleichen Calumniis dann billig auf alle thunliche Weiß zu begegnen, und vornemlich zu solchem End nicht undienlich sein möchte, einen gewissen kurzen Termin zu Einbringung der Nullitäten anzusezzen; allein hielte man unvorgreifflich davor, daß der ordinarius terminus appellationum decendii in dergleichen Fällen viel zu eng und zu kurz, und sonderlich sehr hart sein würde, wann auch diejenige, so über kurz oder lang post lapsum decendii nicht allein die praetendirte exceptionem nullitatis summarie et praesumtive zu bescheinigen, sondern auch mediante juramento oder in andere taugliche Weg zu erhalten sich offeriren möchten, daß sie hernachmahls erst die qualitates nullitatis et modum easdem probandi in Erfahrung und zur Hand gebracht, von solchem Remedio gäntzlich ausgeschlossen et apparens aut praesumptivum vitium nullitatis dardurch confirmiret und bestättigt werden sollte, so hat man hiemit unmaßgeblich zu fernern vernünfftigen Nachdenken gestellet haben wolte.

Digitized by Google

Coſtnitz, wie Würtzburg.

Heſſen, vergleiche ſich mit Baiern, neben der im Pommerſchen Voto zugeſetzten Erinnerung, und bedeuteten Limitation, hielte benebſt davor, daß die Herren Camerales die Privilegia Statuum de non appellando gleichſam in einer Tabell zu dem End vor Augen haben, und ſich bei Erkäntnis der Appellations Proceß darnach richten ſolten, damit nicht allezeit der Appellatus erſt excipiendo die Nothdurfft derentwegen verdrießlich einwenden müſte.

Münſter, wie Baiern.

Prälaten, wie Coſtnitz.

Nürnberg, wiederholte das Pommerſche Votum.

Directorium: Die Majora giengen dahin, daß es bei dem Uffſatz, nechſt Einrückung des im löbl. Bayriſchen Voto gethanen Vorſchlags verbleiben zu laſſen, jedoch ſtünde dahin, der im Pommerſchen Voto beſchehenen Erinnerung ferners nachzudenken. NB. Dieſer Pommer'ſchen Erinnerung ſeynd unterſchiedliche andere Vota per Discursum nachfolgends beygefallen, doch nichts endliches darüber geſchloſſen worden."

Das Gutachten der Reichsdeputation vom 20. Juni 1644 ſpricht ſich über dieſen Punct folgendermaßen aus[1]):

„11) Hat man nunmehr von vielen Jahren hero ververſpüret, daß am Cammergericht viel Zeit auch in deme ſehr übel angelegt worden, daß weitläufftig und vielmahls unnöthiger Dingen disputirt worden, ob sententia als nulla oder injusta ſich verhalte, und zwar aus dieſem Fundament daß a sententia nulla in 30 Jahren die Klag prosequirt a sententia iniqua aber intra decendium appellirt werden kann und ſolle.

Zu Verhütung um dergleichen unnöthigen Disceptationen,

1) v. Meiern a. a. O. Th. II. B. 10. S. 202.

Digitized by Google

so wäre der Reichs Deputirter Churfürsten und Stände Gesandten Meinung nach, durch künfftigen Reichs Deputations Abschiedt zu sanciren, quod fatale interponendae appellationis, tam a sententia injusta quam a sententia nulla, decendium esse debeat, und daß der, welcher sich per sententiam nullam beschwert zu sein vermeynet, nicht zugelassen, wann er intra decendium von solcher Beschwerung nicht provocirt. Würde gleichwohl der verlustige Theil, nach erörterten Proceß, nullitatem sententiae in Erfahrung bringen, soll derselbe restitutionem in integrum zu suchen und nullitatem zu deduciren befugt sein."

Es wurde hiernächst auf dem Reichstage zu Regensburg im Jahr 1653 der ordentlichen Reichsdeputation aus allen drei Reichscollegien die Untersuchung über die Verbesserung des Justizwesens übertragen. Die Deputirten gingen das von der Frankfurter Deputation gestellte Gutachten durch, und bemerkten am 27. Juli 1653 bei dem Puncte der Appellation [1]):

„7) Bei dem §. XI. ist erinnert worden, daß wenn eine Parthey gleichwohl dociren könnte, daß notorie in concipiendis sententiis nullitates mit eingeloffen, solche ad restitutionem in integrum zu lassen, obgleich das Decendium nicht observirt, doch in allewege solche Restitution praevio prius juramento suchen, und vorhero ablegen solle."

In der hierauf erstatteten Relation, sagen die Deputirten [2]):

„Bei der 11. Cautel wird es bei der Frankfurt'schen Deputirten Meynung, daß nämlich auch a sententia nulla intra decendium appellirt werden solle, quoad nullitates ex Formalitate et Subtilitate Processus resultantes, gelassen. Soviel aber diejenigen nullitates betrifft, welche insanabilem

1) v. Meiern a. a. O. Th. II. B. 12. S. 398.
2) v. Meiern a. a. O. S. 408. a. E. u. S. 411.

Digitized by Google

defectum ex persona judicis aut Partium oder ex substantialibus processus haben, bleibt es bei dem Jure communi."

Das unterm 10/20. December 1653 an den Kaiser abgegebene allgemeine Reichsgutachten, die Verbesserung des Justizwesens in Deutschland betreffend, lautete nun dahin [1]):

„11) Hat man nunmehr von vielen Jahren hero verspührt, daß am Cammergericht viel Zeit, auch in dem sehr übel angelegt worden, daß weitläufftig und vielmahls unnöthiger Dingen disputiret worden, ob sententia als nulla oder injusta sich verhalte, und zwar aus diesem Fundament, daß a sententia nulla in 30 Jahren die Klage prosequirt, a sententia iniqua aber intra decendium appelliret werden kann, und solle, zu Verhütung um dergleichen unnöthiger Disputationen, so wäre der Churfürsten und Stände und resp. deren Gesandten Meynung nach, durch künftigen Reichsabschied zu sanciren, quod fatale interponendae Appellationis tam a sententia injusta, quam a sententia nulla, wann die nullitas ex formalitate et subtilitate Processus herfließet, decendium esse, ita et fatale introducendae, prout in appellatione a sententia iniqua sub praejudicio desertionis observari debeat, und daß der, welcher sich per talem sententiam nullam beschweret zu sein vermeynet, nicht zuzulassen, wenn er intra decendium von solcher Beschwerung nicht provociret; würde gleichwohl der verlustige Theil, nach erörterten Process, nullitatem Sententiae in Erfahrung bringen, solle derselbe restitutionem in Integrum zu suchen, und nullitatem zu deduciren befugt sein. So viel aber diejenigen nullitates betrifft, welche insanabilem defectum ex persona judicis, aut partis, oder ex substantialibus Processus haben, wäre es bei dem jure communi zu lassen."

Im Protokolle vom 15/25. Febr. 1654 erinnerte Brandenburg [2]):

1) Meiern S. 444.
2) Meiern Th. II. Buch 13. S. 560.

Digitized by Google

„Der §. So viel aber die nullitates etc. sei per errorem durchstrichen, weil bei der Consultation es per majora dabei gelassen, daß die nullitates ex persona judicis aut partium den gemeinen Rechten unterwürffig bleiben sollen.“

Der Kaiser ertheilte mittelst Resolution vom 13/23. April 1654 die Bestätigung über unsern Fragepunkt dahin[1]):

„Betreffend die bis anhero strittig gewesene Frage, ob die Appellationes, welche a sententia nulla interponirt werden, ebensowohl als diejenige, welche contra sententiam iniquam gesucht, innerhalb 10 Tagen a die publicationis zu interponiren, lassen Ihre Kaiserl. Majest. der Stände Meynung, daß nemlich in allen beeden Fällen, das fatale interponendae das decendium sein soll, — allergnädigst wohlgefallen.“

Die Reichsstände nahmen, obgleich nun der Reichsschluß schon zur Perfection gekommen, den Gegenstand, da sie an der Kaiserlichen Resolution noch einige Puncte zu erinnern hatten, nochmals im Fürstenrathe am 18/28. April 1654 in Deliberation und namentlich meinte Salzburg[2]):

„2) habe man bei dem fatali decendii in causis nullitatum quod jus Gentium et positivum im Gutachten einen Unterschied gemachet, befinde vor gut, daß solcher in den Reichsabschied gesetzet werden möchte,“

und das Conclusum im Fürstenrathe 18/28. April 1654 ging dahin[3]):

„Der Nullitaeten halber, wird wiederholet, daß ein Unterschied zwischen den Nullitatibus wider das Jus naturale lauffend, und den nullitatibus Juris positivi zu machen, dergestalt, daß in diesen das Fatale decendii sowohl als in den Appellationibus hinführo statthaben,

1) Meiern a. a. O. Th. II. B. 14. S. 641.
2) Meiern S. 646.
3) Meiern S. 653.

Digitized by Google

in jenen es aber wegen der Zeit, in welcher die Klage der Nullität einzuwenden, bei den gemeinen Rechten gelassen werden solle."

Dieser Schluß wurde in das gemeinsame Gutachten der drei Reichscollegien aufgenommen und erhielt unterm $\frac{23. \text{ April}}{3. \text{ Mai}}$ 1654 die Kaiserliche Bestätigung [1]) dahin:

„Schließlich finden Ihre Kaiserliche Majestät gleichfalls billig, daß — auch dasjenige, was ratione der differentiae inter nullitates contra Jus naturale et civile in ihrem Gutachten erinnert worden, in acht genommen werden solle." —

Es scheint zwar, daß es in der Absicht des Kaisers lag, daß der Reichsabschied nach diesem letzten vom Kaiser approbirten Gutachten der Stände abgefaßt werden sollte; gleichwohl wurden in der Reichscanzlei in die ausgefertigte Urkunde des Reichsabschiedes die Worte des älteren Beschlusses eingetragen, die in der Sache selbst aber in der That auch nichts anderes ausdrücken, so daß es sehr dahin steht, ob hier ein Versehen vorgefallen. Denn es wurde dieselbe ja auch noch von einer Kaiserlichen und Ständischen Deputation erst noch revidirt, am $\frac{24. \text{ April}}{4. \text{ Mai}}$ 1654 und am 7/17. Mai 1654 vor der ganzen Reichsversammlung verlesen und am 17/24. Mai 1654 vom Kaiser Ferdinand unterschrieben [2]).

§. 25.

Aus der Entstehungsgeschichte des J. R. A. und den Bestimmungen dieser letztern selbst geht hervor, daß Bayern der ersten, der oben angedeuteten drei Wege; Pommern aber den zweiten vorschlug; daß das Gutachten der Reichsdeputation vom 20. Juni 1644 den Bayerischen Vorschlag über das decendium annahm, damit aber den Pommer-

1) Meiern S. 857.
2) Meiern a. a. O. Th. I. S. 1115. 1133.

schen über die Restitution verband, und daß die Deputirten in ihrer den Ständen am 3/13. Novemb. 1653 communicirten Relation eigentlich zuerst im Wesentlichen diejenige Bestimmung vorschlugen, welche dem J. R. A. zum Grunde liegt; das allgemeine Reichsgutachten vom 10/20. December 1653 sich dem zwar auch anschloß, aber daneben das Pommersche Project über das Restitutionsmittel wieder aufnahm, der J. R. A. selbst aber den oben angedeuteten dritten Weg verfolgte.

Um nun zu ermitteln, worauf es bei der Abfassung des J. R. A. eigentlich abgesehen war, ist davon zu erinnern: daß bis zum J. R. A. jede Nichtigkeitsbeschwerde die principaliter, d. h. nicht gleichzeitig mit einer Appellation, erhoben wurde, binnen 30 Jahren angebracht werden konnte, und Bayern darum wünschte, daß allgemeine auch a sententia nulla intra decendium appellirt werde, um Weitläufigkeiten abzuschneiden, und damit der obsiegende Theil wissen möge, ob und wenn die für ihn ergangene Urtheil in ihre Kraft und Wirkung endlich erwachsen. Der Ausdruck von einer sententia nulla zu appelliren, war unpassend gewählt, wenn der Votant damit nicht ausdrücken wollte, daß die Nichtigkeitsbeschwerde gänzlich aufgehoben, und die Appellation an ihre Stelle gesetzt werden solle. In der Abstimmung von Pommern wird deshalb auch bemerkt: daß es sich in dem Bayerischen Votum um gänzliche Aufhebung des Unterschieds inter sententiam nullam und iniquam *ratione termini interponendi* handle. Auch das, was Bayern über die Kraft und Wirkung eines mit der Nichtigkeitsbeschwerde angegriffenen Nachtheils bemerkte, und leicht zur Annahme führen könnte, als sey dabei vorausgesetzt, daß die Nichtigkeitsquerel stets Suspensiveffect habe, wurde in der Pommerschen Abstimmung schön erläutert [1]).

1) Es ist interessant, daß in der pommerschen Abstimmung ein Benehmen

Auch die Motivirung des Reichsdeputationsgutachtens v. 20. Juni 1644, so wie des allgemeinen Reichsgutachtens vom 10/20. December 1653 überzeugt: daß blos rücksichtlich der Zeit der Anbringung der Nichtigkeitsbeschwerde, beziehungsweise der Interposition der Appellation auf den Unterschied zwischen sententia nulla und iniqua Anordnung getroffen werden sollte, während der Unterschied doch noch sonst wichtig blieb, und also damit, daß beide Rechtsmittel etwa binnen gleicher Frist eingelegt werden müßten, die Untersuchung: „ob sententia als nulla oder iniusta sich verhalte," keineswegs vermieden werden konnte.

So viel geht nun aus dem §. 121. des J. R. A. unbestritten hervor, daß mit Ausnahme der im §. 122. des Gesetzes angegebenen Fälle, auch bei der Nichtigkeitsbeschwerde das decendium der Appellation beobachtet werden solle. Das Gebot also, welches nach den ältern Reichsgesetzen blos für den Fall, wenn die Nichtigkeitsbeschwerde alternative und gleich mit der Appellation (incidenter) vorgebracht wurde, gegeben war, dehnte der J. R. A. auch auf die Fälle aus, wo die Nichtigkeitsbeschwerde principaliter, (d. h. ohne mit der Appellation verbunden zu werden,) angestellt werden sollte, stets mit Ausnahme der Fälle im §. 122. des J. R. A. Auch daruber kann mit Grund nicht gestritten werden, daß durch den J. R. A. die Bestimmung der ältern Rechtsgesetze nicht aufgehoben worden ist, wornach die Parthei, wen sie neben der Nichtigkeitsbeschwerde sich eventuell der Apellation bedienen wollte, dieses gleichzeitig geschehen, und über beide Rechtsmittel auch gleichzeitig verhandelt werden mußte, und daß in diesem, so wie auch in dem Falle, wenn prinzipaliter die Nichtigkeitsbeschwerde erhoben worden ist, und die Nichtigkeit eine „öffentliche" wäre, welche

der Partheien als Mißbrauch dargestellt wird, welches die italien. Practiker als eine kluge Handlungsweise anrathen. S. Vantius XIV. 129.

Digitized by Google

in anderer Instanz nicht ratifizirt werden möchte, alsdann auch vor der Kriegsbefestigung, und ex officio der Richter darüber endlich sprechen und erkennen soll.

So ausgemacht es nun aber auch seyn mag, daß der Appellant, welcher mit der Appellation nicht zugleich die Nichtigkeitsbeschwerde vorgebracht hatte, mit dieser zufolge Inhalts der Reichsgesetzung vor dem J. 1654, nach Ablauf des decendium nicht mehr gehört werden sollte, so zweifelhaft erscheint die Frage: ob seit dem J. R. A. diese Bestimmung auch für die Fälle das §. 122 des J. R. A. gilt? Für die Verneinung dieser Frage scheint angeführt werden zu können: daß als auf dem Deputationsconvent zu Frankfurt, Bayern die Einführung das decendii für alle Nichtigkeitsbeschwerden vorschlug, Pommern dagegen in Erwägung brachte, daß diese Maßregel für manche Fälle zu hart sey; und dadurch die Reichsdepudation veranlaßt wurde, jene Bestimmung zu proponiren, welche der §. 122. des J. R. A. enthält, und wodurch für eine Reihe von Nichtigkeitsfällen des ius commune, d. i. die dreißigjährige Frist für die Zuständigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde habe gegeben werden sollen. Insofern dieses die durch den J. R. A. begründete Regel sey, habe dieses Reichsgesetz darin dann allerdings, insoweit etwas Neues angeordnet, als nach der Reichsgesetzgebung vor dem J. 1654, auch bei denjenigen Nullitäten, welche insanabilem defectum aus der Person des Richters oder der Parthei, oder aus den substantialibus des Prozesses nach sich führen, die Klage nicht binnen dreißig Jahren prosequirt werden konnte, wenn die Parthei appellirt hatte, weil sie dann in allen Fällen die Nichtigkeitsquerel alternativ zugleich mit anbringen oder sie gänzlich aufgeben mußte.

Gleichwohl scheint die entgegengesetzte Ansicht aus folgenden Gründen den Vorzug zu verdienen. Die Absicht bei der Abfassung des J. R. A. war unstreitbar darauf gerich-

Digitized by Google

tet, die Prozeßverschleppung und Chikanen, welche die Nichtigkeitsbeschwerde veranlaßte, möglichst abzustellen, also durch die neue Gesetzgebung den Weg zu diesem Ziele sicherer zu bahnen. Darauf berechnete Einrichtungen der früheren Gesetzgebung sollten nicht abgeschafft werden, wenn man nicht noch zuverlässigere an ihre Stelle zu setzen vermochte. Dafür spricht jede, in den, dem J. R. A. vorhergegangenen, Verhandlungen gethane Aeusserung.

Da nun die ältere Reichsgesetzgebung schon den strengern, in vielen Fällen sicher zum Ziele führenden Weg, vorgezeichnet hatte, wornach eine Nichtigkeitsbeschwerde in keinem Falle prinzipaliter angebracht werden konnte, wenn das Appellationsverfahren eingeleitet gewesen, und Gelegenheit gegeben hatte, incidenter die Nichtigkeiten binnen des decendii vorzubringen, und die ganze Tendenz der Verfasser des J. R. A. gerade in der noch größeren Beschränkung der Dauer der Zeitfrist für die Anstellung der Nichtigkeitsbeschwerden das Radicalmittel finden zu sollen glaubten, die vorhandenen Mißstände zu heben, so kann man, nach richtigen Grundsätzen der Interpretation nicht annehmen, daß der J. R. A. eine so wesentliche Aenderung habe stillschweigend treffen wollen. An ausdrücklicher Bestimmung fehlt es aber gänzlich, wenn man nicht in den Marginalien eine ausdrückliche Anerkennung der von uns vertheidigten Behauptung finden will. In den Marginalien [1]) zum §. 122. des J. R. A. heißt es nämlich: „Nullitates insanabiles aber können annoch binnen 30 Jahren *principaliter* deducirt werden." Da nun der gesetzliche Sprachgebrauch [2]) das „principaliter" dem „incidenter" in dem Sinne entgegensetzt, daß unter jenem der Fall verstanden wurde, wenn das Appellationsverfahren keine Gelegenheit zur Verhandlung der

1) Die Marginalien sind aus dem corpus iur. cam. entnommen.

2) C. G. O. v. 1555. III. 34. §. 2. 3.

Digitized by Google

Nullitätsquerel gegeben hatte; so hätte das Wort „principaliter" in den Marginalien gar keine, oder nur eine verwirrende oder pleonastische Bedeutung, wenn es nicht die von uns behauptete haben sollte; denn daß man Nichtigkeitsbeschwerden binnen 30 Jahren nicht incidenter deduciren konnte, wußte wohl Jeder, und deshalb konnte die Bemerkung, gewisse Nichtigkeiten könnten 30 Jahre principaliter deducirt werden, nur andeuten sollen, daß die 30jährige Frist nur für den Fall, wo nach der Gesetzgebung die Nichtigkeit principaliter zu deduciren zulässig sei, gegeben worden wäre.

Geht man nun überhaupt von der Ansicht aus, daß durch den J. R. A. keine Einrichtung der ältern Reichsgesetzgebung, welche als taugliches Mittel zur Beseitigung der mit Nullitäten getriebenen Mißbräuche für dienlich geachtet war, als aufgehoben betrachtet werden kann, so weit die Worte der §§. 121. und 122. des J. R. A. nicht bestimmt darauf hinweisen, so gelangt man, wenn die reichsgesetzlichen Bestimmungen von 1521 bis 1654 geordnet zusammengestellt werden, zu folgendem Ergebniß:

I. Wenn eine sententia nicht blos als nulla, sondern auch als iniqua angegriffen werden soll, so muß die Nichtigkeitsbeschwerde, von welcher Art sie auch seyn mag, neben und mit der Iniquität (Appellation) zugleich auf alle Termine ausgeführt, also darüber wie in Appellationssachen procedirt und gehandelt werden [1]). Wenn sich alsdann 1) die Nichtigkeit nicht dergestalt erfände, daß dadurch der Parthei in der Hauptsache ein unwiderbringlich Unrecht geschehe, dann sollen die vorigen Prozesse anderer Unförmlichkeiten halber, als nichtig nicht verworfen, sondern darauf in der Hauptsache erkannt werden, was Recht ist [2]). Wenn

1) G. G. O. v. 1521. XXI. §. 1. v. 1523. V. §. 6. v. 1555. III. 34. §. 1. J. R. A. §. 121.

2) Gesetze der vorigen Note.

ſich ferner 2) aus den Acten erſter Inſtanz eine öffentliche Nullität erfände, welche in anderer Inſtanz nicht ratifizirt werden möchte; dann iſt darüber auch vor der Kriegsbefeſtigung, und ex officio endlich zu ſprechen und zu erkennen [1]).

II. Wo aber von Urtheilen nicht appellirt würde, ſondern auf die Nichtigkeit prinzipaliter und allein geklagt werden ſoll, da können 1) ſolche Nichtigkeiten, welche insanabilem defectum aus der Perſon des Richters, der Partheien, oder aus den Substantialibus des Processus betreffen, binnen 30 Jahren angeſtellt werden [2]). 2) Nichtigkeiten anderer Art aber, d. h. ſolche, welche nicht insanabilem def. ex pers. iudicis, oder partium, oder ex substant. processus enthalten, ſind, wenn ſie im reichsgeſetzlichen Sinne prinzipaliter deducirt werden ſollen [3]) an das fatale decendii gebunden [4]). Das Verfahren iſt in beiden Fällen dem in extraordinariis, und in andern Sachen simplicis querelae gleich [5]).

III. Die Urſachen der Nullität ſollen, ſowohl wenn incidenter als wenn principaliter gehandelt wird, ſpezifice ausgedrückt und beſtimmt werden [6]).

IV. Die Appellationsſumme iſt nothwendig, ſowohl wenn incidenter als wenn principaliter wegen Nullitität geklagt wird [7]).

V. Die Frage: ob die Nichtigkeitsbeſchwerde durch Nova gerechtfertigt werden dürfe, ſcheint mit Unterſcheidungen beantwortet werden zu müſſen. Wenn der Grund der Nich-

1) C. G. O. v. 1555. III. 34. §. 2.
2) J. R. A. §. 122.
3) C. G. O. v. 1555. III. 34. §. 3.
4) J. R. A. §. 121.
5) C. G. O. v. 1523. V. §. 7. v. 1555. III. 34. §. 3. III. Tit. 1—3.
6) C. G. O. v. 1527. §. 23. v. 1555. III. 34. §. 4. C. C. G. O. III. 40. §. 4.
7) O. A. v. 1600. §. 14. Vergl. R. A. v. 1570. §. 69.

Digitized by Google

tigkeit aus Verhältnissen hergeleitet wird, die seither in der Verhandlung nicht zur Sprache kamen, und vielleicht eben dadurch, daß sie nicht zur Sprache kamen, die Nullität entstand, dann sind solche Nova natürlich zulässig, z. B. wenn defectus insanabilis in persona iudicis oder partium deducirt wird. Wenn dagegen in Mängeln der stattgehabten Prozeßinstruction, oder überhaupt in solchen Defecten, welche zum ordo de iustitia der Alten gehörten, eine Nichtigkeit gefunden werden soll, dann kann die Beschwerde auch nur aus den bisherigen Acten, nicht auch durch Nova gerechtfertigt werden.

An diesem Orte ist noch eine neuere Ansicht zu erwähnen, welche v. Bardeleben über den Inhalt des J. R. A. aufgestellt hat. Nachdem derselbe nachgewiesen, daß der J. R. A. die Beschwerde wegen heilbarer Nichtigkeiten keineswegs mit der Appellation gleichgestellt habe, stellt er die Behauptung auf: daß auch in Folge der heilbaren Nichtigkeitsbeschwerde das Urtheil nichtig sey, wenn die Beschwerde nur binnen zehn Tagen interponirt worden. Dieses habe der J. R. A. als etwas Neues eingeführt[1]). Neu wäre diese Bestimmung allerdings, da sowohl nach der Praxis, als den ausdrücklichen Anordnungen der Reichsgesetze vor dem J. R. A. ein solcher Grundsatz nicht bestand. Aber weder die Geschichte des J. R. A., noch der Inhalt dieses Reichsgesetzes selbst, führen durch irgend eine Andeutung zu der jenseitigen Annahme, die ihrer Bedeutung nach gleichwohl von so großer Wirkung ist, und einem bis zum J. R. A. in gesetzlicher Uebung bestandenen, geradezu

1) de Bardeleben l. c. §. 31. p. 107. „Unde apparet, eorum nos comprabare sententiam, qui ex nullitate sanabili querelam ab appellatione et effectu et agendi modo diversissimam oriri docent. Nullius enim momenti est sententia, quae sanabili etiam nullitate laborat, siquidem querela iusto tempore interponitur. Atque hoc est novum, quod rec. Imp. nov. statuit.

Digitized by Google

entgegengesetzten Grundsatze so direct widerspricht, daß ohne klare gesetzliche Disposition sie nicht als Rechtsgrundsatz ins System übertragen werden darf.

§. 26.

Frägt man, welche Eintheilungen von Nichtigkeiten, nach dem reichsgesetzlichen System von Bedeutung geblieben sind, so ergiebt sich, daß da von Nullitäten:

1) wodurch der Parthei in der Hauptsache ein unwiderbringlich Unrecht zugefügt worden ist;
2) von öffentlichen Nullitäten, welche in anderer Instanz nicht ratifizirt werden möchten, und
3) von Nullitäten, welche *insanabilem* defectum aus der Person des Richters, der Parthei und den substantialibus des processus nach sich führen,

praktische Folgen abhängig gemacht worden sind, es hauptsächlich die Begriffsbestimmung dieser Arten von Nichtigkeiten ist, die für Theorie und Anwendung Bedeutung hat, aber auch nothwendig festgestellt werden muß.

Vergleicht man nun dasjenige, was oben aus dem canonischen Rechte, den Darstellungen der italienischen Praktiker und anderer Schriften vor der Reichsgesetzgebung über unsern Gegenstand, mitgetheilt ist, mit dem Inhalte der Reichsgesetze selbst und mit den Aeusserungen, die bei der Bearbeitung des J. R. A. auf den Reichstagen gemacht wurden, so kann es nicht zweifelhaft seyn, daß bei Abfassung der Reichsgesetze dem Gesetzgeber jene ältern Ansichten, Begriffsbestimmungen, Vorzüge und Mängel unseres Gegenstandes vorgeschwebt haben, und daß also auch nur mit Hülfe jenes Materials die Reichsgesetze beleuchtet, ihr wahrer Sinn entdeckt werden kann.

Schon oben ist bemerkt worden, daß auch die ältern Praktiker vor Bantius Mängel an Voraussetzungen des Prozesses, deren Ursprung aus dem ius naturale hergeleitet

Digitized by Google

wurde, defectus insanabiles hießen, und die darin liegende Nichtigkeit gleichfalls nullitas insanabilis. Auch lagen solche Nichtigkeiten entweder in einem Mangel in der Gerichtsbarkeit, der Person der Partheien oder den Substanzialien des Prozesses.

Da nun die Geschichte des J. R. A. beweißt, daß die Vorbereiter desselben durchaus sich der Ausdrücke, der Wendungen und selbst der Betrachtungsweise der alten Praktiker bedienen, selbst die Nullitäten, die insanabilem defectum aus der Person des Richters der Partheien, und den Substantialibus des Prozesses nach sich führen, als Nullitäten wider das ius naturale laufend, darstellen, diese allen andern Nullitäten, als contra ius civile laufend, entgegenstellen, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß den Bestimmungen des J. R. A. §. 121. und 122. die ältere Unterscheidung zwischen Nullitates contra ius naturale et civile zum Grunde gelegt worden ist, und das Reichsgesetz den Begriff dieser Nichtigkeiten, und damit auch die Fälle, welche dahin zu rechnen seyen, als bekannt voraussetzte, und an den Unterschied selbst nur eine verschiedene Zeit des Anbringens der Nichtigkeitsbeschwerde knüpfen wollte. Man sieht überhaupt bei genauer Vergleichung der Grundsätze der ältern Praktiker mit den Bestimmungen der Reichsgesetze, daß es niemals Absicht dieser letztern war, an dem Begriffe und den Eintheilungen der Nichtigkeiten Abänderungen vorzunehmen, sondern immer nur, die prozessualische Behandlung zu bestimmen, um Mißbräuchen, die mit dem Anbringen von Nichtigkeiten getrieben wurden, zu begegnen. In dieser Beziehung unterscheiden sich die reichsgesetzlichen Anordnungen von den Ansichten der ältern Praktiker nur darin: daß, wenn die Nichtigkeit in Verbindung mit der Appellation verhandelt werden konnte, sie bis zum J. R. A. auf solche Art auch incidenter verhandelt werden sollte; und daß seit dem J. R. A. die Nichtigkeitsbeschwerde

Digitized by Google

in der Regel an das decendium gebunden, und nur bei bestimmten Arten von Nichtigkeiten die dreißigjährige Anbringungsfrist zugelassen wurde. Diese dreißigjährige Frist stand aber nicht für alle unheilbare Nichtigkeiten zu, sondern nur für bestimmte Arten, welche der §. 122. des J. R. A. namhaft machte. Dadurch, daß nur bestimmte Arten hervorgehoben worden sind, ist aber der Begriff von unheilbaren Nichtigkeiten eigentlich nicht verändert, beziehungsweise nicht verengt; denn vor der deutschen Reichsgesetzgebung so wenig als durch diese, bildete die Zeit der Anbringung der Nichtigkeit einen Bestandtheil des Begriffs derselben, also konnte auch Abänderung darin keine Veränderung im Begriffe, also auch nicht im Umfange der Nichtigkeitsfälle bewirken, sondern nur auf die rechtliche Möglichkeit das Richtige anzugreifen, Einfluß äußern.

Die Theilung der unheilbaren Nichtigkeiten in zwei Classen, wie sie den beiden §§. 121. und 122. des J. R. A. zum Grunde liegt, beruht sonach weder in oder auf einer veränderten Begriffsbestimmung, noch darauf, daß dadurch in den Folgen der Wirksamkeit solcher Nichtigkeiten auf den rechtlichen Bestand des Prozesses eine Verschiedenheit eingeführt worden wäre; denn jede der erwähnten, durch den J. R. A. geschaffenen zwei Classen von unheilbaren Nichtigkeiten hat die Wirkung, daß sie zeitig geltend gemacht, eine Nichtigkeitserklärung der an einem wesentlichen Mangel leidenden prozessualischen Handlung zur Folge hat; und nur in der möglichen Verschiedenheit der Zeit der Anbringung, und der damit in Verbindung gebrachten verschiedenen Form der prozessualischen Verhandlung liegt das praktische Moment. Wir sagten in der möglichen Verschiedenheit der Zeit der Anbringung; denn nothwendig ist diese Verschiedenheit auch insofern nicht, als man Nichtigkeiten, die man binnen dreißig Jahren zu verfolgen für berechtigt erklärt ist, auch binnen des decendii, wie andere, anbringen kann,

Digitized by Google

und alsdann zu jener dreißigjährigen Frist, nach dem deutschen allgemeinen Rechte nicht mehr zurückgreifen darf.

§. 27.

Die Frage: ob Nullitäten, „welche in anderer Instanz nicht radifizirt werden möchten" dieselben sind als „unheilbare," oder „Nullitäten, wodurch ein unwiderbringlich Unrecht geschieht," verdient noch einer Erörterung.

Vorerst ist daran zu erinnern, daß wenn die C. G. O. von 1555. III. 34. §. 2. von öffentlichen Nullitäten spricht, der Character der Oeffentlichkeit ganz im Sinne der ältern Praktiker zu erklären ist, worauf das Reichsgesetz auch durch die Worte: „Es wäre dann sach, daß sich aus den Actis erster Instanz eine öffentliche Nullität befände," deutlich genug hinweißt. Was nun die Eigenschaft öffentlicher Nullitäten, „daß sie in anderer Instanz nicht ratifizirt werden möchten" anbetrifft, so wird der Ausdruck eine Nullität ratifiziren, vorzugsweise von der ratihabitio der dabei interessirten Parthei gebraucht[1]). Durch eine solche Ratifikation verliert die Nichtigkeit ihre Wirkung, weil der dadurch entstandene Mangel verschwindet. Indessen dürfte die Redensart: „ratifizirt werden möchte" auch von dem Falle zu verstehen sein, wenn der Richter zu erklären sich veranlaßt findet, daß eine öffentliche Nichtigkeit nicht die Wirkung zu äußern vermöge, daß die Sentenz selbst als nichtig cassirt werden müsse[2]). Eine öffentliche Nullität ist nicht nothwendig eine unheilbare, sondern kann eben sowohl eine heilbare seyn, und insofern an ihre Ratifikation durch den Richter in höherer Instanz gedacht ist, wird wohl vorzugsweise eine ex iure civili hervorgehende, also heilbare, vorausgesetzt. Darum hieß es von einigen öffentlichen Nullitäten, daß sie irreparabiles seyn, und reformari non posse.

1) Vantius XIV. 17. 101. seq. 116.

2) Bardeleben l. c. §. 27. p. 90.

Digitized by Google

Oeffentliche Nullitäten dieser Art, enthielten dann auch ein unwiderbringliches Unrecht gegen eine Parthei in der Hauptsache, aber das war nicht bei allen der Fall. Deshalb sind nicht alle Nullitäten, welche ein unwiderbringliches Unrecht zufügen, öffentliche. Der Begriff dieser ist enger, als der Begriff jener. Uebrigens hat das Reichsgesetz von öffentlichen Nichtigkeiten in derselben Beziehung gesprochen, in welcher die ältern Praktiker davon handeln, wie eine Vergleichung des oben (§. 18. f.) dargestellten mit der C. G. O. v. 1555. III. 34. §. 2. ergiebt; denn beide setzen voraus, daß die Nullität incidenter vorgenommen ist, aus den Acten erster Instanz resultirt, und auch ex officio darüber zu sprechen ist.

Das osnabrück'sche Friedensinstrument v. J. 1648. Art. IV. §. 49., welches auch die öffentlichen Nullitäten erwähnt, berührt aber nicht blos diejenigen, welche aus den Acten erster Instanz erhellen, sondern auch jene, welche in continenti bewiesen werden können, von denen die ältern Praktiker auch schon sprechen, die sie aber anders behandeln [1]).

Nullitatis irreparabiles waren dieselben, welche man insanabiles nannte. Vantius erwähnt bei der Nullität ex defectu iurisdictionis: „Consuevit etiam reputari *irreparabilis* et *insanabilis* defectus, secundum modernos [2]),“ Eben so lehrt er „nullitatem ineptitudinis libelli esse irreparabilem, et reformari non posse [3]).“

Dagegen wird bemerkt, daß diejenigen Defecte, welche *mere iuris positivi* sint, neque partium vel *iura causarum merita* concernant, sed potius ad quendam iuris rigorem conservandum inducta videantur, in vim rescriptorum de facili resarciri, et *reparari* consueverunt [4]);“ und als

1) S. oben §. 18. S. 59. und Vantius IV. 54.
2) Vantius IX. 6.
3) Vantius IV. 55.
4) Vantius XIV. 125.

Digitized by Google

solche Fälle werden angeführt: „Citatio igitur, postquam causa plene instructa reperitur, est de *iure positivo* . . . si postea absque alia citatione sententia ferretur, defectus talis, cum sit mere iuris positivi, et totaliter ex arbitrio iudicis pendeat, per viam rescripti de facili *reparari* posset, prout etiam *reparari* et *sanari* videmus examen testium absque citatione, cum interrogatoriis tamen adversae partis examinatorum, ac etiam prout *sanantur* reliquae nullitates, quae meri sunt *iuris* positivi, et defensionem partium non concernant [1])."

Es fragt sich nun, ob anzunehmen ist, daß die Bezeichnungen von Nichtigkeiten, mit „irreparabiles" und „insanabilis" und „wodurch der Parthei in der Hauptsach ein unwiderbringlich Unrecht geschieht," gleichbedeutend sind. Die Reichsgesetze von den Jahren 1521. 1523 und 1555., worin die letzte Bezeichnung vorkommt, gebrauchen sie bei einer Gelegenheit, wo sie von allen nur möglichen Nichtigkeiten handeln, nämlich da, wo sie vorschreiben, wie die Nichtigkeiten, wenn sie alternative und gleich mit der Appellation vorgebracht werden, zu behandeln seyn, und wollen durch jene Bezeichnung zwei Classen von Nichtigkeiten unterscheiden die eine Classe hat die Wirkung, daß ihrenthalben die vordern Prozesse als nichtig nicht verworfen, sondern darauf in der Hauptsache bekannt wird, was recht ist; die andere Classe hat dagegen die Wirkung, daß die vordern Prozesse als nichtig verworfen werden.

Der Grund der verschiedenen Wirksamkeit beider Classen von Nichtigkeiten liegt, nach der gesetzlichen Andeutung gerade darin, daß die eine Classe der Parthei in der Hauptsache ein unwiderbringlich Unrecht zufügt, was bei der andern nicht der Fall ist. Untersucht man nun, ob die ältern

1) Vantius XIV. 109. 110.

Digitized by Google

Praktiker bestimmte Nichtigkeiten als solche betrachteten, wodurch ihrem Wesen nach einer Parthei in der Hauptsache stets ein unwiderbringliches Unrecht zugefügt wird, so ergiebt sich, daß dieses nicht der Fall war. Zwar stellte man den Satz auf: omne nullum dicitur iniquum [1]); setzte aber dabei keineswegs voraus, daß jede Nichtigkeit, oder auch nur gewisse Classen derselben stets auch eine materielle Ungerechtigkeit enthalten; sah vielmehr bei Bestimmung des Umfangs des officii des über den Gehalt der Nichtigkeit sprechenden Richters, auch den Fall vor, daß er das nichtige Urtheil als ein materiell gerechtes, dennoch confirmirt, oder ein neues, dem cassirten gleichlautendes ausspricht. Diese Bestimmungen kamen nicht etwa blos bei Nichtigkeiten ex iure positivo, sondern auch bei denen ex iure naturali vor, also bei unheilbaren wie bei heilbaren [2]), ohne daß dadurch die unheilbare Nichtigkeit als eine heilbare behandelt werden sollte. Versucht man auch hier die reichsgesetzliche Vorschrift nicht ohne Rücksicht auf die frühere Praxis zu erklären, so muß man wohl annehmen, daß die C. G. O. v. 1555. nicht eine neue Classe von Nichtigkeiten hat aufstellen wollen, wenn sie von Nichtigkeiten spricht, wodurch der Parthei in der Hauptsache ein unwiderbringlich Unrecht geschieht. Hierdurch sollte nur angedeutet werden, daß der höhere Richter, wenn er über die Nullitäten zu entscheiden hat, niemals dann das ganze Verfahren cassiren und neue Prozeßverhandlungen veranlassen solle, wenn er durch Reformation oder Confirmation des an einer Nichtigkeit leidenden Urtheils, oder überhaupt durch eine Verfügung die Nichtigkeit insofern unschädlich machen kann, daß sie keine Rechtsverletzung herbeiführt. Es ist eine thatsächliche, also nach jedem vorkommenden Falle zu lösende, Frage, ob durch eine Nichtig-

1) Vantius III. 5.

2) Vantius XIV. 129. „puta absque *citatione*."

Digitized by Google

keit ein unwiderbringliches Unrecht zugefügt werden würde, oder nicht, wenn man das Verfahren nicht cassirte. Sobald der Oberrichter durch die geeignete Verfügung das Unrecht beseitigen kann, hat ihn das Gesetz für befugt erklärt, unter Vermeidung der Nichtigerklärung des Prozesses, in der Hauptsache das Rechtliche zu erkennen. Darin besteht denn allerdings eine sehr wesentliche Verschiedenheit zwischen dem Systeme des römischen Rechts, und dem der italienischen, so wie der ältern deutschen Praxis und der Reichsgesetze.

Das Reichsgesetz hat diesen Grundsatz zwar nur für den Fall ausgesprochen, wenn die Nichtigkeitsbeschwerde gleichzeitig mit der Appellation angebracht und verhandelt wird; es muß aber angenommen werden, daß der Grundsatz allgemein, also auch dann gilt, wenn auf die Nichtigkeit prinzipaliter geklagt ist, denn so war es zur Zeit der Erlassung des Reichsgesetzes nicht nur, sondern später auch im Gebrauch, wobei es auch nach der C. G. O. v. 1555 um so sicherer blieb, als diese darin nichts geändert hatte.

§. 28.

Die Frage: welche Veränderungen der J. R. A. in der Lehre von den Nichtigkeiten herbeigeführt habe? beantwortet sich nach dem seither Entwickelten dahin:

1) Der J. R. A. hat so wenig, als ein früheres Reichsgesetz, den Unterschied zwischen sententia iniqua und nulla aufgehoben, also auch in keinem Falle den Unterschied zwischen Nichtigkeitsquerel und Appellation.

2) Dagegen hat er verordnet: daß die Nichtigkeitsbeschwerde eben so wohl als die Appellation an das decendium, als das fatale interponendae, gebunden seyn soll, und daß

3) von dieser Vorschrift, wornach sowohl a sententia tam nulla quam iniqua das fatale interponendae observirt werden soll, diejenigen Nullitäten ausgenommen sind, welche

Digitized by Google

insanabilem defectum, aus der Person des Richters, oder der Partheien, oder aus den Substantialibus des Processus nach sich führen; diese können binnen 30 Jahren principaliter deducirt werden.

Die fernere Frage: welche insanabiles defectus es dann seyen, die binnen 30 Jahren principaliter deducirt werden dürfen, löst sich in Bezug auf diejenigen, welche aus der Person des Richters oder der Partheien abzuleiten sind, auch ohne große Schwierigkeit. Mangel aller richterlichen Gewalt, Unfähigkeit zur Ausübung des Richteramts, Unzuständigkeit, die durch Prorogation entweder überhaupt nicht zu heben, oder doch nicht gehoben worden ist, eignes Interesse des Richters an der Sache, und stattgefundene Bestechung, betrachteten das römische und canonische Recht, nach dem oben Ausgeführten als Nichtigkeitsgründe, in der Person des Richters, und nannten die spätern Praktiker irreparabiles und insanabiles defectus [1]), und diese kann auch der J. R. A. nur im Auge gehabt haben. Auf die streitenden Theile Bezug habende unheilbare Nichtigkeiten sind: Mangel der Legitimation zum Prozesse, vorausgesetzt, daß keine Ratihabition zu erwarten steht; Unfähigkeit vor Gericht zu handeln; Mangel an gehörigem Beistande oder gehöriger Vertretung bei Personen, die eines Tutors oder Curators bedürfen, vorausgesetzt, daß die Entscheidung zu ihrem Nachtheile ausgefallen ist; Mangel an der Legitimation zur Sache [2]).

§. 29.

Schwieriger ist es dagegen, zu bestimmen, welche Nullitäten zu denen zu rechnen sind, die insanabilem defectum aus den Substantialibus des Prozesses nach sich führen. Es entsteht hierbei nämlich:

1) Vantius IX. 6.

2) S. Bayer Vortr. S. 111 flg.

Digitized by Google

1) zunächst die Frage: ob unter die substantialia processus blos die äusseren Formen des gerichtlichen Verfahrens zu rechnen seyen; oder, ob auch die materielle Ungerechtigkeit oder Gesetzwidrigkeit des Urtheils eine solche Nullität begründe?

Für die Behauptung: daß auch die materielle Unrichtigkeit oder Gesetzwidrigkeit des Urtheils eine Nullität ex defectu substantialium processus begründe, wird besonders angeführt: daß sich nicht beweisen lasse, daß vor dem J. R. A. unter substantialibus processus blos die äußeren Formen des gerichtlichen Verfahrens verstanden worden seyn; im Gegentheile habe man nach dem Sprachgebrauche, der dem J. R. A. vorangegangen, und kurz nach demselben bestanden unter den Substantialien des Prozesses auch die Voraussetzung begriffen, daß das Urtheil den Acten und Gesetzen nicht offenbar widerspreche [1]). Allein man hat dagegen zu erinnern: daß der Sprachgebrauch, auf welchen man sich beruft, keineswegs so allgemein bestand, als man voraussetzt, wie Vantius selbst anführt [2]), wonach die nullitates ex defectu materiae vel formae ipsius sententiae nicht zu dem ordo de substantia, sondern zu dem de iustitia gehörte; und davon galt die Regel: „si ordo de iustitia omitteretur aut praeversus fieret, circa remedium appellationis ipso facto non vitiaret" hätte man nun unter Nullitates ex defectu substantialium processus im §. 122. des J. R. A. nicht blos die äußern Formen des gerichtlichen Verfahrens, sondern auch alle Richtigkeiten, die mit dem ordo de iustitia zusammenhingen, gerechnet, so hätte nach dem J. R. A. mit der Nichtigkeitsbeschwerde viel mehr Unfug getrieben werden können, als vor dem Reichs-

1) Vantius XIII. 16. 17. Vultejus de iud. IV. 1. 15. Lauterbach Coll. th. pract. 49. 8. §. 2. de Bardeleben l. c. §. 25. 28.

2) Vantius l. c. 15. Vergl. das Nähere oben §. 20.

Digitized by Google

geſetze ſeit 1521 möglich war; denn vor dem J. R. A. mußten, ſo oft dazu Gelegenheit vorhanden war, alle Nullitäten incidenter verhandelt werden; nach dem J. R. A. war dieſes bezüglich der Nullitäten, von den der §. 122. des Geſetzes redet, nicht nothwendig; wenn nun durch dieſen §. 122. vermittelt worden wäre, daß eine ſo große Anzahl von Nichtigkeiten dreißig Jahre lang deducirt werden dürften, ſo ſtände dieſe Einrichtung geradezu im Widerſpruch mit der Abſicht des Geſetzes, den mit der Nullitätsquerel getriebenen Unfug zu beſchränken. Die Anſicht, welche ſich dem Worte und Geiſte des J. R. A. vollkommen anſchließt, begreift unter Subſtantialien des Prozeſſes die unentbehrlichen Formen des Verfahrens; und Nullitäten, welche unheilbaren Mangel aus den Subſtantialien des Prozeſſes nach ſich führen, können ſtets nur in Fehlern in procedendo, niemals aber in Fehlern in iudicando ihren Grund haben [1]).

2) Wenn man die Anſicht, welche unter die Subſtantialien des Prozeſſes blos die äußern Formen des gerichtlichen Verfahrens rechnet, für die richtige hält, dann bleibt, um das Gebiet dieſer Subſtantialien ſicher zu überſehen, noch zu beſtimmen übrig: ob die Vernachläſſigung einer jeden, oder nur die Verletzung gewiſſer Formen des gerichtlichen Verfahrens eine Nullität im Sinne des §. 122. des J. R. A. d. h. eine unheilbare bewirke?

Dieſe Frage löſt ſich ſehr beſtimmt aus der Geſchichte des J. R. A. Hieraus geht nämlich hervor, daß man einen Unterſchied in causis nullitatum quoad ius gentium et positivum machen wollte, und daß die nullitates contra ius gentium binnen 30 Jahren ſollten deducirt werden können. Dieſe von Salzburg proponirte, in dem Concluſum des Fürſtenraths adoptirte, vom Churfürſtl. und ſtädt. Collegium gebilligte, und vom Kaiſer genehmigte Beſtimmung liegt nun

1) Bayer Vortr. S. 517—520.

Digitized by Google

gerade anders ausgedrückt, im §. 122. des J. R. A. [1]), denn der §. 121. redet von beiden Arten der Nullitäten, sowohl denen die contra ius naturale als contra ius civile sind, der §. 122. aber blos von nullitates contra ius naturale, denn nur solche entstanden aus einem Mangel an Substanzialien. Daraus folgt, daß nicht jede Vernachlässigung einer vorgeschriebenen Prozeßform eine unheilbare Nullität begründet, sondern nur die Vernachlässigung solcher Formen, ohne deren Beobachtung der Zweck des gerichtlichen Verfahrens schon der Natur der Sache nach nicht erreicht werden konnte. Hierunter sind nun gerade die nullitates contra ius naturale der ältern Praktiker zu verstehen. Die Vernachlässigung einer blos auf positiv gesetzlicher, nicht zugleich allgemein (secundum ius naturale et gentium) nothwendiger Vorschrift begründet zwar auch eine Nullität, aber keine unheilbare, sondern eine heilbare, deren Anbringung an das fatale decendii gebunden ist.

Welche Formen zu den allgemein wesentlichen gehören, so daß ihre Vernachlässigung eine nullitas contra ius naturale ist, also einen insanabilem defectum aus den substantialibus des Prozesses nach sich zieht, ist im Reichsgesetze selbst nirgends angedeutet, und muß aus den Lehren, die darüber in jener Zeit geltend waren, bestimmt werden.

Einen gesetzlichen Anhaltspunkt findet man allerdings schon in Clem. Saepe de V. S. 5, 11. Die Praktiker vor dem J. R. A. waren aber, wie oben angedeutet ist, schon abweichender Meinung. Unserer Ansicht nach können als Substantialien nur diejenigen Voraussetzungen betrachtet werden welche die ältern Praktiker schon zum ordo de substantia zählten. Dahin gehört, was Vantius Tit. II. n. 7.

1) Gewöhnlich wird es als ein Versehen betrachtet, daß das Reichsgesetz den Beschluß über den Unterschied der Nullitäten contra ius naturale und civile nicht aufgenommen habe. Allein die Bestimmung stände neben den Worten des §. 122. offenbar als ein Pleonasmus.

Digitized by Google

(S. oben §. 18.) zusammengestellt hat. Diese Ansicht steht auch in Uebereinstimmung mit der Clem. saepe cit.

Der Versuch, aus der Natur der Sache die hierher zu zählenden Substantialien, herzuleiten, ist oft genug gemacht worden, hat aber nie zu einer allgemein anerkannten Theorie geführt, und dürfte auch nie dazu führen, eben weil man sich nie darüber verständigen wird, was die Natur der Sache in unserer Lehre nach gemeinem deutschen Prozeßrechte sey. Jeder bildet sich den Begriff von vornherein so, daß er die Fälle, welche er demnächst daraus ableiten möchte, darin auch wiederfinden kann; m. a. W. man bildet aus der unterstellten Theorie den Begriff der Substantialien, und nicht aus diesem entwickelt man die Theorie. Handelt es sich de lege condenda, entscheidet also blos der Grundsatz der allgemeinen Gerechtigkeit, der Zweckmäßigkeit und Folgerichtigkeit, dann ist es nicht unangemessen, die Grundsätze unserer Lehre in einer Weise festzusetzen zu suchen, welche seither bei Entwicklung der Theorie des gemeinen deutschen Civilprozesses eingehalten ist; aber bei der Commentation eines positiven Stoffs ist jene freie Bewegung ausgeschlossen, zumal dann, wenn man sich leicht überzeugt, daß die Schöpfer des zu bearbeitenden Stoffs von jenen philosophischen Ideen, die man in späterer Zeit der Entwicklung jenes positiven Stoffs zum Grunde legen wollte, wahrlich keine Ahndung gehabt haben. Hätten die Verfasser des J. R. A. über den Begriff der Substantialien irgend andere Ansichten befolgt wissen wollen, als die zu ihrer Zeit geläufigen, dann mußte dieses doch auch ausgesprochen werden; es ist aber nirgends auch nur angedeutet. Man kann also nur darüber zweifelhaft seyn, welcher von den, schon zu ihrer Zeit verschiedenen Ansichten sie sich angeschlossen haben? Hier scheint jene Theorie den Verfassern des Reichsgesetzes am ersten unterlegt werden zu dürfen, welche der legislativen Absicht des J. R. A. am meisten förderlich war, und dieses ist jene,

Digitized by Google

welche zwischen ordo de substantia und de iustitia unterscheidet; denn sie beschränkt, gewiß auf zweckmäßige Weise, die Fälle, welche zum Unfug, der mit der Nullitätsquerel getrieben wurde, am häufigsten die Veranlassung gaben.

Der Mangel an einem Urtheile überhaupt, oder an einem Urtheile, welches weder eine Verurtheilung noch eine Lossprechung enthält, oder das Vorliegen eines gänzlich unverständlichen, oder eines solchen Urtheils, welches Unmögliches oder Unerlaubtes anordnet, kurz eines Urtheils, das nicht zur Vollziehung taugt, sind Zustände, die noch mehr als eine unheilbare Nichtigkeit gegen eine Ungerechtigkeit schützen, die in der Lehre der Nichtigkeiten deshalb nur zu erwähnen sind, weil sie ein so absolutes juristisches Nichts darstellen, daß man nicht einmal eines selbstständigen Rechtsmittels bedarf, um sich gegen Nachtheile daraus zu schützen. Wer in die Lage kommt, auf den Grund eines solchen juristischen Undings in irgend einer Weise in Anspruch genommen zu werden, braucht dem gegen ihn angerufenen Richter nur das Unsinnige der Grundlage eines solchen Begehrens bemerkbar zu machen, um sich gegen alle nachtheiligen Folgen gesichert zu wissen. In einem solchen Falle hat dann der Richter nicht einmal Etwas zu cassiren, sondern nur zu erklären, daß nichts Reales, juristisch Verfolgbares vorliege.

Welche Mängel als Nullitäten wegen Fehler an der Materie oder der äußern und innern Form des Urtheils nach der Lehre der ältern Praktiker betrachtet wurden, ist oben bemerkt worden. Die Nullitäten entstanden meistens aus Defecten des ordo de iustitia, und sind im Geiste des J. R. A. als heilbare Nullitäten zu betrachten. Die Frage endlich, welche Mängel als heilbare Nullitäten im Sinne des J. R. A. zu betrachten seyn, ist nun dahin zu beantworten: das in allen Fällen, wornach den Gesetzen zufolge zwar eine Nichtigkeit vorliegt, diese aber nicht

Digitized by Google

als unheilbare anzusehen, eine heilbare Nichtigkeit anzunehmen ist [1]).

§. 30.

Gibt es wegen heilbarer Nichtigkeiten ein eigenes Rechtsmittel, oder ist die Appellation für solche Fälle das ordentliche Rechtsmittel?

Der §. 121. des J. R. A. referirt, der Geschichte der gerichtlichen Verhandlungen ganz getreu, daß vor Gericht mit vielem Zeitverlust und unnöthiger Dinge vielfältig disputirt worden sey, ob die sententia eine nulla oder eine iniusta sey. Dieser Disput werde darum allein geführt, weil man a sententia nulla die Klage binnen dreißig Jahren prosequiren könne; a sententia iniqua aber binnen zehn Tagen appelliren müsse. Um nun dergleichen unnöthiges Gezänk zu verhüten, solle in allen beiden Fällen, d. i. a sententia tam nulla quam iniqua das Fatale interponendae observirt werden.

Hierin hat man gar Mancherlei angeordnet gefunden, nämlich: eine kathegorische Aufhebung des Unterschieds zwischen sententia nulla und iniqua, daß die in Bezug auf die Materie des Urtheils vorhandenen Nichtigkeiten nur durch die gewöhnlichen Rechtsmittel geheilt werden sollten [2]); oder man betrachtet die heilbare Nichtigkeitsbeschwerde als mit den ordentlichen Rechtsmitteln gleich gestellt [3]).

Sieht man aber, daß das Reichsgesetz nur dieselbe Einwendungsfrist für zwei in ihrem Wesen ganz verschiedene Rechtsmittel festsetzt, ohne nur im entferntesten eine gänzliche oder auch nur theilweise Gleichstellung der beiden Rechtsmittel anzudeuten, und erwägt man, daß alle, dem J. R. A. vorhergegangenen Reichsgesetze das Rechtsmittel

1) Vergl. v. Röder a. a. O. S. 130—136. S. 141.
2) Mittermaier d. gem. Proz. III. S. 122. (Ausg. 2.)
3) v. Röder a. a. O. §. 29. Danz Reichsgerichtsproz. §. 339.

Digitized by Google

der Nichtigkeitsbeschwerde auch in den Fällen, wo es damals schon an dieselbe Einwendungsfrist, wie die Appellation gebunden, doch noch als ein von der Appellation durchaus verschiedenes Rechsmittel behandeln, daß aber durch den J. R. A. die Vorschriften über die eigenthümliche Behandlung der Nichtigkeitsbeschwerde, wenn sie incidenter d. h. binnen des decendii, angebracht wird, nirgends aufgehoben hat, daß auch die Geschichte des J. R. A. gar keine Veranlassung zu der Vermuthung gibt, daß etwas der Art beabsichtigt worden wäre, so läßt sich die jenseitige Ansicht auch nicht einmal mit einigem Scheine rechtfertigen.

Schon die Stellung der Frage: ob die Beschwerde wegen heilbarer Nichtigkeiten ein eigenes von der Appellation verschiedenes oder mit dieser in gleiche Kathegorie gestelltes Rechtsmittel sey? oder auch: ob wegen heilbarer Nichtigkeiten nur das Rechtsmittel der Appellation statthaft sey? beweist, wenn man zu ihrer Stellung die Veranlassung im §. 121. des J. R. A. findet, daß man in diesem Gesetze etwas findet, was nicht darin liegt, nämlich, man setzt voraus, daß der §. 121. des J. R. A. blos von heilbaren Nichtigkeiten spreche, während er ohne Unterscheidung von allen spricht. Denn wenn auch aus der Geschichte des J. R. A. hervorgeht, daß man den Unterschied zwischen nullitates contra ius naturale und civile in das Gesetz übertragen wollte, so folgt daraus noch nicht, daß der §. 121. nur von Nullitäten gegen das Civilrecht spreche; denn mit jener Uebertragung bezweckte man zunächst nur, für gewisse Nullitäten (nullitates contra ius naturale) eine längere Frist zur Anstellung der Beschwerde offen zu halten, daß dieses aber nicht bei allen Nullitäten, welche die ältern Praktiker als gegen ius naturale laufend, betrachteten, geschehen ist, ergiebt eine richtige Interpretation des J. R. A. §. 122. Und wenn gewisse Nichtigkeiten, welche nach der Ansicht der ältern Praktiker zu den contra ius naturale laufenden,

Digitized by Google

gerechnet wurden, nicht unter die Bestimmung des §. 122. des J. R. A. fallen, so müssen sie nothwendig unter die des §. 121. fallen, und daraus ergiebt sich dann auch, daß dieser §. 121. nicht blos von heilbaren Nichtigkeiten spricht.

Ohnehin spricht ja auch der §. 121. blos davon, daß die Einwendungsfrist für Nichtigkeitsbeschwerde und Appellation dasselbe fatale decendii seyn solle; daß aber aus dem Umstande allein die Nichtigkeitsbeschwerde ihre Eigenthümlichkeiten als Rechtsmittel, im Gegensatze der Appellation nicht verlieren soll und darf, dürfte man nicht wohl bestreiten, wenn man erwägt, daß man ja auch in den Nichtigkeitsfällen, wovon der §. 122. handelt, das decendium eingehalten und die Beschwerde wegen unheilbarer Nullitäten auf diesem Wege incidenter mit der Appellation verhandelt werden kann, also dasselbe Verfahren, wie bei der Appellation zu beobachten wäre; und man doch wohl nicht behaupten wird, daß alsdann keine Nichtigkeitsbeschwerde existire, sondern diese sich in eine Appellation verwandelt habe.

Es ist nun allerdings weder Bedürfniß noch zureichende Veranlassung dafür da, eine heilbare und unheilbare Nichtigkeitsbeschwerde zu unterscheiden, denn in den Gesetzen ist dieser Unterschied nicht ausdrücklich gemacht, und die wissenschaftliche Darstellung nöthigt dazu auch nicht. Die Sache ist vielmehr ganz einfach die folgende:

Die Reichsgesetze vor dem J. R. A. unterschieden nur: ob die Nichtigkeitsbeschwerde incidenter oder prinzipaliter deducirt wurde. Diese Verschiedenheit in der Deduction beruhte aber nicht auf dem Unterschiede zwischen heilbaren und unheilbaren Nullitäten, denn man konnte Nichtigkeiten beider Cathegorien incidenter und prinzipaliter deduciren.

Die Möglichkeit, Nichtigkeiten incidenter zu deduciren, hing blos davon ab, ob appellirt, und die Nichtig-

Digitized by Google

keitsbeschwerde mit der Appellation in Verbindung gebracht wurde; die Zulässigkeit Nullitäten prinzipaliter zu deduciren, hing davon ab, ob nicht appellirt war, denn nur wenn keine Gelegenheit Statt gefunden, incidenter zu querulliren, war gestattet, es prinzipaliter zu thun. Der Unterschied dieser zweifachen Form, Nichtigkeiten zu deduciren lag nicht in der Art der Nullitäten, sondern in der Form der Verhandlung, denn incidenter verhandelte man in den Formen der Appellation, prinzipaliter in denen der einfachen Beschwerde. Daß man aber auch da, wo man wegen der Nullität incidenter, also über und mit der Iniquität zugleich vorbrachte und verhandelte, die Nichtigkeitsbeschwerde nicht mit der Appellation gleichstellte, sondern beide Rechtsmittel scharf in Bezug auf Aburtheilung und Wirkung unterschied, sagen die Gesetze deutlich genug.

Denn die C. G. Ordnungen von 1521. 1523 und 1555. schreiben ja ausdrücklich vor: wenn die Nichtigkeitbeschwerde mit der Appellation verbunden werde, solle ausdrücklich gebeten werden: „der Richter möge zuerst über die Nullität erkennen, und nur dann, wenn diese nicht gegründet gefunden würde, alsdann und ehe nicht bete man, auf die Klage der Iniquität und Ungerechtigkeit des vorigen Rechtsspruchs zu urtheilen.“ Daß hier von sog. heilbaren Nichtigkeiten mit die Rede ist, wird man nicht bestreiten, da man ja gewöhnlich so weit geht zu behaupten, es sey nur von heilbaren die Rede; aber auch das wird man zugestehen müssen, daß man im Gesetze kaum bestimmter und energischer sich auszudrücken vermag, wenn man die Absicht zu erkennen geben will, daß eine Nichtigkeitsbeschwerde neben der Appellation als Rechtsmittel fortbestehen, aber unter Umständen mit der Appellation gerechtfertigt werden soll. Das Gesetz fügt noch als Grund hinzu: „dadurch werde der Verzug zwiefacher Rechtfertigung abgeschnitten.“ Gerechtfertigt mußte die Nichtigkeit allerdings wer-

Digitized by Google

den, ja ihre Gründe sollten spezifizirt werden [1]), was bei der Appellation nie nothwendig war [2]); aber Nichtigkeits- und Appellations-Rechtfertigung sollten gleichzeitig erfolgen, also zwei verschiedene, nur successiv zu entscheidende, aber gleichzeitig zu verhandelnde Rechtsmittel überall seyn, wo eine Parthei die Absicht hatte, beide zu gebrauchen.

Hieran hat der J. R. A. nur das verändert, daß wenn die Nullitäten prinzipaliter zu deduciren sind, das Appellationsinterpositionsfatale eingehalten werden muß, mit Ausnahme einiger Fälle unheilbarer Nichtigkeit, nämlich derjenigen, welche der §. 122. des J. R. A. hervorhebt. Das reichsgesetzliche System nach dem J. R. A. besteht also darin: daß mit alleiniger Ausnahme der Fälle im §. 122. des J. R. A. alle Nichtigkeitsbeschwerden binnen des Appellationsinterpositionsfatale angebracht werden müssen; und daß die Nichtigkeitsfälle des J. R. A. §. 122. auch nur unter der Voraussetzung binnen 30 Jahren prinzipaliter deducirt werden dürfen, daß keine Gelegenheit vorhanden war, sie incidenter zu deduciren.

Es geht hieraus aber auch hervor, daß es unrichtig ist, anzunehmen, diejenige Nichtigkeitsbeschwerde, welche binnen 10 Tagen angebracht werden solle, sey eine sogenannte heilbare, das soll heißen, werde nur wegen heilbarer Nullitäten angestellt. Der Unterschied zwischen heilbarer und unheilbarer Nichtigkeitsbeschwerde besteht nur dann, wenn man damit ausdrücken wollte, daß nur im Falle einer unheilbaren Nullität, die Beschwerde binnen 30 Jahren deducirt werden könne; allein mit einer solchen Bestimmung ist wenig gewonnen, weil der darin liegende Satz nur sehr beschränkt practische Gültigkeit hat, indem,

1) C. G. O. v. 1555. III. 31. §. 4.

2) Zeitschrift f. Civilrecht u. Prozeß B. 9. S. 311. flg.

Digitized by Google

wie schon bemerkt, er nicht von allen unheilbaren Nullitäten, und für die Fälle seiner Anwendung, doch nur unter noch andern Voraussetzungen gilt.

Wenn man dagegen die Nichtigkeitsbeschwerde, je nachdem sie binnen zehn Tagen oder dreißig Jahren angestellt werden darf, in jenem Falle das ordentliche, in diesem das außerordentliche Rechtsmittel nennt, so ist durch diese Unterscheidung auf die Verschiedenheit des Verfahrens, das in dem einen oder andern Falle eintritt, hingewiesen.

(Schluß folgt im nächsten Heft.)

Digitized by Google

VIII.

Erörterung der Frage: ob dann, wenn ein verklagter Streitgenosse seine Rechte während des Prozesses abgesondert verfolgte, die Uebrigen den Fortgang der Sache sich gefallen lassen müssen?

Von

Herrn J. Scholz dem Dritten,
Oberappellations- und Landesgerichts-Procurator zu Wolfenbüttel.

§. 1.

Unter Streitgenossen (Litisconsorten) werden bekanntlich diejenigen verstanden, welche vor einem und demselben Richter aus einem und demselben Rechtsgrunde klagen oder belangt werden, und welche daher der Gegenstand des Rechtsstreits und dessen Verhandlung gemeinschaftlich angeht [1]).

Diese Gemeinschaft kann, soviel den Gegenstand oder den materiellen Theil betrifft, in mehren Rechtsgeschäften oder Besitzthümern ihren Grund haben, die entweder untheilbar sind oder noch nicht getheilt waren, z. B. Grundstücken, Servituten, Miterbrecht, Bürgschaft, Gesellschaft, oder in

1) Wir sind hier mit wenigen Abänderungen Glück im Comment. der Pand. Th. 5. S. 233. gefolgt, jedoch ohne die Litisconsorten durch Theilnehmer an einem Rechtsstreite zu verdeutschen, weil Zwischenkläger, Beigeladene oder solche, denen der Streit verkündet wird, auch mehr oder minder Theilnehmer an einem Rechtsstreite sind, ohne eigentliche Litisconsorten zu sein.

Digitized by Google

andern Gegenständen, die zwar getheilt sind, jedoch einen gemeinschaftlichen Besitz- oder Erwerbsgrund haben.

Die Gemeinschaft hat zur Folge, daß auch der Ausfall des Rechtsstreits, welcher in der Regel nur einen Kläger und einen Verklagten verbinden würde, hier so viele Kläger oder Verklagte verbindet, als wirklich Genossen des Streits aufgetreten sind.

Einheit des Prozesses für mehre Partheien, also auch die Bestellung eines gemeinschaftlichen Mandatars und das Rechtnehmen vor einem Richter ist Bedingung beim gerichtlichen Verfahren der Streitgenossen, und darin besteht der formelle Theil des Litisconsorzium [1]).

§. 2.

Der Zweck, warum man die Streitgenossenschaft einführte, ist — abgesehen davon, daß bei dem untrennbaren Besitze von Gegenständen eine wirkliche Personeneinheit existirt und also eine Nothwendigkeit eintritt, dergleichen Besitzer nicht zu trennen, weil der Einzelne nicht legitimirt erscheint — kein anderer, als der allseitige Nutzen, sowol für den Richter, als für die streitenden Theile.

Der Streit, der auf einem Rechtswege von einem Richter geschlichtet werden kann, soll nicht mehrfach oder wiederholt geführt, die Kosten, welche nur einmal aufge-

---

1) Mehre Rechtslehrer, z. B. Schmidt von Kl. und Einr. §. 105. Danz ord. Pr. §. 81. Note b. und, wie es scheint, auch Gensler im Arch. f. civ. Pr. Bd. 4. S. 157. Note 7. finden den Grund der juristischen Einheit darin, weil die Streitgenossen eine moralische Person bilden sollen. Wir geben dies zu bei untrennbaren Gegenständen, nicht aber bei trennbaren, wobei die Prozeßverbindung, wie wir sogleich sehen werden, zwar gleichwol Statt findet, jedoch ohne daß wir darum Genossen dieser Art eine moralische Person nennen können.

Irren wir nicht; so nehmen jene Rechtslehrer die moralische Personeneinheit an, um der Klippe von subjektiver Klagenhäufung aus dem Wege zu gehen.

Digitized by Google

wendet und von mehren gemeinſchaftlich getragen werden können, ſollen nicht mehrfach veranlaßt werden.

Die Lehre von der Streitgenoſſenſchaft hat alſo einen wohlthätigen Zweck, iſt ein Akt der Prozeßpolizei, und nur auf dieſe Weiſe iſt es erklärlich, warum der Richter unter Umſtänden die Verbindung der Partheirollen gebieten, auch wol der Verklagte daraus eine Einrede vernehmen und ſolche verlangen kann.

Daß dem Richter dieſe Befugniß zuſtehe, ſehen wir aus mehren Geſetzen, wovon wir einige der deutlichſten ausheben wollen.

Das fr. 11. §. 2. D. (2. 1.) ſagt:

Si una actio communis sit plurium personarum, veluti familiae herciscundae, communi dividundo, finium regundorum: utrum singulae partes spectandae sunt circa jurisdictionem ejus qui cognoscit? Quod Orfilo et Proculo placet, quia unusquisque de parte sua litigat, an potius tota res, *quia et tota res in judicium venit* et vel uni adjudicari potest? quod et Cassio et Pegaso placet, et *sane eorum sententia probabilis.*

und übereinſtimmend damit iſt fr. 48. D. (10. 2.)

Si familiae herciscundae, vel communi dividundo, vel finium regundorum actum sit, et unus ex litigatoribus decesserit, pluribus heredibus relictis *non potest in partem judicium scindi*, sed aut omnes heredes accipere id debent, aut dare unum procuratorem in quem omnium nomine judicium agatur.

Beide Geſetze gebieten namentlich die Streitverbindung und mehre andre, daß der Richter überhaupt auf das Abkürzen der Prozeſſe achten und das Vervielfältigen zu verhüten ſuchen ſolle.

Vergl. fr. 10. C. de judiciis (3. 1.) und die umſtändlichen Vorſchriften des fr. 13. ibid.

Digitized by Google

Was namentlich in den zuerst ausgehobenen Gesetzen von dem Zusammentreten der Theilhaber als Zwang von Seiten des Richters geboten ist, kann auch die Parthei verlangen, und unbedenklich erscheint es hiernach, daß der Verklagte bei Rechten, die mehren Klägern gemeinschaftlich zustehen, die Einrede mehrer Streitgenossen entgegnen und wiederum einer oder mehre Kläger von den Verklagten, die sich in solcher Gemeinschaft befinden, das gemeinschaftliche Einlassen verlangen können [1]).

§. 3.

Nach den erwähnten gesetzlichen Vorschriften hat es also kein Bedenken, daß Rechte, die an sich untheilbar sind, oder bis dahin noch ungetheilt den Gegenstand des Prozesses ausmachen, nicht von einem, sondern von allen Theilnehmern, sie spielen die Rolle des Klägers oder Verklagten, in Anspruch genommen resp. vertheidigt werden müssen [2]).

Anders gestaltet sich die Sache bei Verfolgung solcher Rechte, wo der Gegenstand theilbar oder schon getheilt ist. Hier fällt unserer Ansicht nach jeder Zwang weg, sobald die Parthei ein Interesse hat, die Rechte gegen eine oder

1) v. Grolman Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 57. nimmt an, daß nur der Kläger, nicht aber der Verklagte eine solche Vereinigung erzwingen könne, er selbst aber auch bei vorhandener Untheilbarkeit des Gegenstandes der Rechtsverfolgung dazu nicht verbunden sei, also auch vom Richter dazu nicht angehalten werden könne.

Ihm stimmt Martin bei, in dessen und Walch's Magaz. für den gem. deutsch. bürgerl. Prozeß Bd. 1. Heft 1. Abh. 1.

Anderer Meinung ist jedoch Gönner Handb. des Proz. Bd. 1. S. 308, und wir müssen demselben nach dem erwähnten Zwecke der Vorschrift und bei Allgemeinheit der Gesetze beistimmen, d. h. bei untheilbaren Gegenständen. Anders ist die Sache bei Theilbarkeit des Rechts, wie sogleich näher entwickelt werden soll.

2) Daß auch diese Theorie nicht ohne Anfechtung geblieben sei, darüber vergl. Martin Proz. §. 84. (11. Ausg.), Linde Proz. §. 109. (4. Ausg.), Mittermaier im Arch. f. civ. Prax. Bd. 3. S. 12. u. f. Hagemann prakt. Erört. Bd. 6. S. 333.

Digitized by Google

mehre, selbst aus gleichem Grunde verbundene, Partheien zu verfolgen. Wir statuiren diese Freiheit sogar dann, wenn der Rechtsstreit gegen alle Streitverbundenen eingeleitet ist, und einer oder mehre von diesen während des Prozesses zurücktreten, weil ohne Noth von der Regel nicht abgegangen werden darf, daß Niemand zur Klage, überhaupt zum Prozesse gezwungen werden könne.

Unsere Gewähr ist das fr. 1. C. de consort. ej. litis (3. 40.) Es lautet:

> Explosis atque rejectis praescriptionibus, quas litigatores sub obtentu consortium studio protrahendae disceptationis, excogitare consueverunt, sive in diversis provinciis versentur, nec adjuncta praesentia consortis vel consortium agendi vel respondendi jurgantibus licentia *pro parte* pandatur.

Zwar redet das Gesetz nur von Streitgenossen, die nicht gegenwärtig sind, allein offenbar nicht, um die Freiheit nur auf diesen Fall zu beschränken; sondern, um solche auch auf solchen auszudehnen. Der Sinn des Gesetzes ist: der Kläger soll keinen Nachtheil davon haben, wenn der Verklagte, um die Ansprüche zu vereiteln oder hinzuhalten, sich der Einrede mehrer Streitgenossen bedient, vielmehr soll er sodann befugt sein, Einen oder Mehre bloß für ihren Theil — pro parte — zu verklagen.

Der Gesetzgeber hat hier das Interesse des Klägers vor Augen, und hierin liegt unserer Ansicht nach der Scheidepunkt.

Jede Parthei, namentlich jeder Kläger hat das Recht, zu bestimmen, ob er seine Forderung ganz oder theilweise einklagen, ob er, wenn mehre — sei es auch aus einem und demselben Rechtsgeschäfte — ihm verbunden sind, sie einzeln oder zusammen in Anspruch nehmen will.

Diese Freiheit kann nur beschränkt werden, wenn die Ansprüche, weshalb ihm mehre verhaftet sind, schlechterdings nicht theilbar sind.

Digitized by Google

Im umgekehrten Falle bleibt sie ihm, und da die Prozeßpolizei (§. 2.) oder die richterliche Befugniß sich nie soweit erstrecken darf, eines einfachen oder minder kostbaren Prozeßganges wegen dergleichen Partheirechte zu vereiteln; so ist auch die Anordnung, welche die im §. 2. erwähnten Pandektenfragmente treffen, nur von dem Falle zu verstehen, wo sich solche Rechte nicht in das Mittel legen.

Sie reden ohnehin nur von Fällen (familiae herciscundae, communi dividundo, finium regundorum), wobei wir meistentheils, wenn nicht untheilbar, doch noch nicht getheilte Ansprüche antreffen.

§. 4.

Bei untheilbaren oder noch nicht getheilten Gegenständen darf, wie gesagt, eine Absonderung der Streitgenossen auch während des Rechtsstreits nicht Statt finden, weil die, welche im Streite bleiben, das, was ihnen nicht ganz gehört, als Kläger nicht ganz fordern und als Verklagte nicht abgesondert vertheidigen können, also immer die Sachlegitimation fehlt. Dieser Mangel äußert seine Wirkung durch den Verlauf des ganzen Rechtsstreits. Sie wird noch verstärkt durch die Einlassung (Litiskontestation), weil, wenn man hier auch nicht einen Vertrag über das Durchführen des Rechtsstreits [1]) annehmen will, doch auf jeden Fall eine Anerkennung begründet wird, theils über den Richter, theils über die Partheirollen, theils über nicht vorzunehmende Neuerungen.

Bedenklich ist es daher, in solchen Fällen Mängel eintreten zu lassen, welche das Verfahren oder die Streitverbindung hemmen können, z. B. Mangel der Legitimation

1) Dafür sind Danz ord. Proz. §. 183. (2. Ausg.), Weber von der natürl. Verbindl. § 27. Grolman Theorie des ger. Verf. §. 53a. und indirekt auch Linde Proz. §. 206. (3. Ausg.) und dagegen Martin Proz. §. 156. (146) (11. Ausg.), Gensler Comment. §. 142.

des Sachwalts bei Veränderungen in der Person, der Erben oder Nachfolger eines oder mehrer Streitgenossen, wodurch eine Nichtigkeit des ohne Auftrag Geschehenen eintreten würde [1]). Vorausgesetzt, daß ein Einbessern des Versäumten nicht geschehen kann, würde der, welcher solches verschuldete, unstreitig zur Entschädigung verbunden seyn [2]).

§. 5.

Da, wo die Untheilbarkeit des Gegenstandes überall nicht hinderlich ist, daß die Streitgenossen einzeln zurücktreten, würde ihnen solches auch während des Prozesses nicht zu versagen seyn, sobald wir nach erfolgter Einlassung ein fingirtes vertragsmäßiges Zwangsrecht nicht annehmen. Der Rechtsstreit würde alsdann gegen die übrigen Consorsorten seinen Fortgang behalten, und der Ausgeschiedene als für sich allein im besondern Verfahren handelnd anzusehen seyn.

Anders gestaltet sich die Frage: ob in dem vorhin erwähnten Falle mangelhafter Prozeßlegitimation von Seiten des einen Streitgenossen, dieser in der Gemeinschaft bleiben und das Verfehlte dadurch nachholen könne, daß er in der Zeit, wo es an der Legitimation fehlte, seinerseits das Nöthige verhandelt? und ob, wenn solches zugelassen wird, die übrigen Streitgenossen verbunden sind, dem Fortgange der Sache so lange Anstand zu geben?

Wir glauben, daß der erste Theil der Frage verneint werden müsse und zwar weniger wegen entgegenseiender Rechte der Partheien, als wegen der Stellung des Richters.

Der mehren Deutlichkeit wegen stellen wir einen Fall.

Sind A. B. und C. z. B. Verklagte und Streitgenossen. C. war minderjährig und sein erster Vormund trat der

1) Gönner Handbuch des Prozesses Bd. 1. S 327. (2. Aufl.)

2) Martin und Walch Magazin Bd. 1. Heft 2. S. 186.

Digitized by Google

Vollmacht auf den gemeinschaftlichen Sachwalt bei und nahm 5 Jahre an den Verhandlungen Theil; der Vormund tritt jedoch ab und der neue Vormund des C. erneuert das Mandat nicht, während der frühere gemeinschaftliche Anwalt (etwa in der Erwartung, der Vormund oder dessen Mündel bei erreichter Großjährigkeit werde das Geschehene genehmigen) anderweite 5 Jahre den Prozeß auch in dessen Namen fortsetzt. C. wird aber inzwischen großjährig und ertheilt die Genehmigung nicht, erklärt vielmehr, daß er allerdings Streitgenosse bleiben, und das, was in den ersten 5 Jahren geschehen, gleichfalls genehmigen [1]), jedoch das, was in dem zweiten Stadium ohne Auftrag verhandelt, nicht genehmigen und durch einen besonderen Anwalt nachholen oder noch verhandeln lassen wolle.

Jetzt fragt es sich: ist dieses zu gestatten?

Zu leugnen ist zuvörderst nicht, daß die Frage überhaupt nicht eintreten konnte, wenn der frühere gemeinschaftliche Anwalt der Streigenossen A., B. und C. vorsichtig verfuhr, wenn der Richter als Dirigent und Polizeibeamter des Prozesses seiner Befugniß [2]) durch zeitige Auflage an den zweiten Vormund des C. gebührend nachkam, und wenn endlich der Kläger, dem ein gleiches Recht zustand [3]), davon Gebrauch machte. Da dies nun aber einmal nicht geschah, so haben Gegner und die übrigen Streitgenossen kein Recht, das obige Vorbringen ihrerseits zu hindern, weil das Ganze durch ihre Schuld herbeigeführt war.

Wie aber soll der Richter verfahren?

---

1) Insofern der Prozeß auf den Grund der Einlassung ꝛc. ein Ganzes bildet, würde es sich fragen: ob in dem angenommenen Falle auch die Verhandlungen des ersten Vormundes genehmigt zu werden brauchen?

2) Martin Prcz. §. 76. (74.) (11. Aufl.)
Boehmer jus eccles. protest. I. 32. §. 53.

3) Gönner a. a. O. S. 327.

Digitized by Google

§. 6.

Umfaßt die obige Absonderung und das Nachverhandeln des C. einen kurzen Zeitraum, worin wenig geschah, namentlich Entscheidungen in der Sache selbst noch nicht abgegeben waren, so erscheint die richterliche Lage weniger bedenklich. Wie aber, wenn in einem längern Zeitraume, schon interloquirt, über den Beweis verfahren oder entschieden sein sollte? Es ergiebt sich sogleich, daß der Richter, wenn er für oder gegen die Streitgenossen A., B. und indirekt auch den C. bereits entschied, für den nachholenden C. nicht noch einmal entscheiden könne. Einmal überschreitet es seine Befugniß, in einer und derselben Instanz über denselben Gegenstand zweimal zu entscheiden, und zweitens erscheint sein Richteramt nicht frei, wenn er sich über Rechtsverhältnisse zweier verbundenen Partheien bereits aussprach und jetzt über dieselben Rechtsverhältnisse des dritten Streitgenossen nacherkennen soll. Er erscheint offenbar in der Materie gebunden und wird zur bloßen Maschine in der Form. War er es auch, der diese Lage mit verschuldete, weil er den Legitimationspunkt nicht zeitig berichtigen ließ, so mag die Frage wegen Entschädigung dahin gestellt bleiben, nicht aber darüber das Amt in der Sache verletzt werden. Wir glauben daher, daß der Richter ein solches wiederholtes Verfahren nicht gestatten dürfe, vielmehr der dasselbe beantragende C. jetzt als aus der Streitgenossenschaft geschieden angesehen und zum besondern Verfahren verwiesen werden müsse.

§. 7.

Man kann zwar einwenden, daß der Beantragende für seine Person neue und erhebliche Thatumstände beibringen und dadurch, ohne den Richter zu compromittiren, eine andre Entscheidung begründen könne, kann sagen, daß alsdann, wenn die übrigen Streitgenossen dergleichen Nova allenfalls nach vorgängiger Restitution beigebracht hätten,

Digitized by Google

auch für sie ein Gleiches hätte geschehen müssen; allein näher erwogen, dürften auch diese Gegengründe nicht ausreichen.

1) Hat der Richter in dem Augenblicke, wo der Streitgenosse sich absondert, keine Garantie dafür, daß die Nachverhandlung oder theilweise Wiederholung des Rechtsstreits nur neue erhebliche Thatsachen begründen werde, und wenn es geschieht, oder wenn der Richter solches zur Bedingung der Gestattung machen sollte; so liegt gerade darin ein Grund mehr, den Beantragenden zur Ausscheidung und zum besondern Verfahren zu verweisen, weil diese Nova nur ihm, nicht aber den übrigen Streitgenossen nützen können[1]). Auch liegt

2) ein ganz anderer Fall vor, wenn die Streitgenossen mit neuen Thatsachen etwa zugelassen und dadurch eine abändernde Entscheidung in derselben Instanz erwirken. Es geschieht solches nicht, weil sie die Zwischenhandlungen wegen Formmängel als nichtig anfechten, sondern weil sie mit erheblichen materiellen Thatsachen zugelassen werden, die sie unverschuldet früher nicht beibringen konnten, dieser Umstand verbunden mit Restitution, giebt dem Richteramte eine ganz andre Richtung. Berührten aber auch diese Nova nur Einzelne der Streitgenossen; so hindert nichts, selbst diese Einzelnen zum besondern Prozesse zu verweisen, weil sich dann das gemeinschaftliche Interesse ohnehin in ein spezielles verwandelt[2]).

§. 8.

Gestattet der Richter, wozu wir ihn ermächtigt, ja der eigenthümlichen Lage wegen verbunden erachten, nicht, daß

1) fr. 2. §. 2. D. de V. O. (45. 1.) „non enim ex persona heredum conditio obligationis immutatur. Martin und Walch Magazin Bd. 1. Heft 2. S. 211.

2) Vergl. das so eben ausgehobene fr. 2. §. 2. D. (45. 1.)

Digitized by Google

der jene theilweise Wiederholung des Rechtsstreits Begehrende die Eigenschaft eines Streitgenossen beibehalte; so kann auch die oben aufgeworfene Nebenfrage nicht zur Sprache kommen: ob nämlich die übrigen Streitgenossen dem Fortgange des Rechtsstreits so lange Anstand geben müssen, bis ihr Consorte das nicht genehmigte Stadium durchlaufen ist. Sie scheiden alsdann gegen diesen aus dem Litisconsortium hinaus, und nichts hindert sie, ihre Rechte abgesondert wahrzunehmen. Sollte aber der Richter ohne besondern Widerspruch des Klägers und auf Beantragung der Streitgenossen, daß das Litisconsortium möge beibehalten werden, das Nachholen — seiner Stellung entgegen — gestatten; so scheint die Natur der Sache zu ergeben, daß dem Verfahren so lange Anstand gegeben werden müsse, bis das Nichtgenehmigte nachgeholt ist, weil — ohne zu erwägen, daß die Stellung des Richters sich noch verschlimmern würde — im umgekehrten Falle thatsächlich eine Aufhebung der Streitverbindung mit dem gleichsam Nachhinkenden herbeigeführt ist. Durch eine von den verklagten Streitgenossen erhobene Widerklage wird in den obigen Verhältnissen nichts geändert.

§. 9.

In dem hinzugefügten Rechtsfalle erachtete das Gericht erster Instanz es seiner richterlichen Stellung nicht entgegen, daß der eine Streitgenosse, mit Beibehaltung dieser Eigenschaft, sogar das, was in einer Reihe von 10 Jahren ohne erneuerte Vollmacht geschehen und nicht genehmigt war, noch einmal für sich verhandle, und verfügte zu dem Ende den Anstand des Rechtsstreits von Seiten der übrigen Partheien. Die Berufungsbehörde nahm jedoch eine thatsächliche Aufhebung der Streitgenossenschaft an und ordnete prozeßleitend das Vorschreiten der Sache gegen die übrigen Consorten an.

Digitized by Google

Rechtsfall.

Der Fleischermeister Borchers zu Wolfenbüttel belangte die Erben des Fuhrmanns Brandes wegen Abrechnung und Bezahlung aus einem Gesellschafts- resp. Lieferungskontrakte für Westphälisches Militair, welcher mit ihrem Erblasser geschlossen war.

Der Brandesschen Erben, welche die Erbschaft angetreten und sich getheilt hatten, waren drei, die Witwe des Verstorbenen, dann Kinder erster und Kinder zweiter Ehe. Sämmtliche Erben, wovon die Kinder erster und zweiter Ehe jede durch einen besondern Vormund vertreten waren, hatten sich nicht allein eingelassen und einen gemeinschaftlichen Anwalt bestellt, sondern waren auch mit einer Widerklage in die Schranken getreten.

Der Vormund der Kinder erster Ehe war nach Verlaufe einiger Jahre verstorben, und der neue Vormund hatte es unterlassen, das Mandat auf den gemeinschaftlichen Anwalt zu erneuern, obwol der Prozeß über 10 Jahre gegen sämmtliche Erben fortgesetzt war. Als das Gericht auf Vervollständigung des Mandats drang, fanden die inzwischen großjährig gewordenen Mündel aus erster Ehe es gerathen, zu erklären, daß sie von dem Zeitpunkte an, wo der erste Vormund verstorben war, den Prozeß durch einen besondern Sachwalt aufnehmen, also für sich nochmals besonders verhandeln wollen.

Diese besondre Verhandlung wurde zugelassen, und es handelte sich jetzt um die Frage:

> ob der Kläger berechtigt sey, gegen die übrigen Streitgenossen die Sache in der Lage zu verfolgen, worin sie sich gegenwärtig befand, oder ob er damit so lange Anstand nehmen müsse, bis der dritte Prozeßgenosse und Mitverklagte die Sache eben so weit verhandelt hatte?

Der Kläger behauptete den ersten Satz und bildete dahin seine Anträge bei dem Gerichte erster Instanz.

Digitized by Google

Dieses entschied unterm 2. Januar 1833 folgender Gestalt für den zweiten Satz:

Da, wenn es auch bei theilbaren Verbindlichkeiten in der Willkühr eines Klägers beruhet, mehre ex eadem causa Verpflichtete getrennt und vereint zu belangen, daß eine solche Willkühr dann ausgeschlossen bleiben muß, wenn, wie im vorliegenden Falle ein wirkliches litisconsortium einmal feststeht und durch dasselbe formelle Einheit eines Verfahrens begründet ist, indem gerade die Einheit der Prozeßführung den wesentlichen Zweck des litisconsortium in sich schließt, so findet das Gesuch nicht Statt.

Das Landesgericht zu Wolfenbüttel änderte jedoch diese Verfügung in einem Decrete vom 20. Mai 1833 dahin ab: Daß,

da mit dem Aufhören des Zwecks einer gemeinschaftlichen Rechtsvertheidigung die Streitgenossenschaft im eigentlichen und prozessualischen Sinne sich von selbst auflöset, im gegenwärtigen Falle daher, in welchem das bisherige Verfahren, vom Jahre 1818 an, in Bezug auf die Brandes'schen Kinder erster Ehe für unverbindlich erklärt und ihnen eine erneuerte und abgesonderte Rechtsvertheidigung gestattet worden; von einer Einheit der Prozeßführung zwischen dieser an einer und der Brandes'schen Kinder zweiter Ehe und der Witwe Brandes, jetzt verehelichten Steinmann, an der andern, dermalen nicht die Rede seyn kann, dieserhalb auch kein Grund abzusehen ist, weshalb Kläger bei einem an sich theilbaren Gegenstande mit der Verfolgung seiner Ansprüche, soweit sie auf die Rate der letztgenannten Mitverklagten gerichtet sind, bis dahin, daß der von den Brandesschen Kindern erneuerte Rechtsstreit zur Entscheidung reif seyn werde, Anstand nehmen sollte, ihm vielmehr unbezweifelt zustehen muß,

Digitized by Google

das in Beziehung auf die Witwe Brandes und die Brandesschen Kinder zweiter Ehe unbestritten wirksame Verfahren wider selbige in der Lage, in welcher es sich jetzt befindet, fortzusetzen und zur Endschaft zu bringen, der Beschwerde aber, weil sie nur das Verfahren zum Gegenstande hat, im Wege einer ordinatorischen Verfügung abgeholfen werden kann,

das herzogl. Kreisgericht N. bei demnächstiger Rücksendung der Akten angewiesen werden solle, mit Beiseitsetzung seines Decrets vom 2. Januar dieses Jahrs auf den Antrag des Klägers — anderweit was Recht ist zu verfügen.

Digitized by Google

Druckfehler von Band XII. Heft 1.

Seite 108 Zeile 4. v. u. ſtatt §. 6. lies §. 5.
- 116 in Note 2. ſt. l. 28. lies l. 1.
- 119 Z. 8. v. u. ſt. ein l. im.
- 121 Z. 13. 18 u. 25. ſt. quorum bonorum l. quod legatorum.

Digitized by Google

Digitized by Google

IX.

Zur Lehre von der quasi possessio und der damit verbundenen posseſſoriſchen Rechtsmitteln.

Vom

Herrn Geheimen Regierungsrath Dr. Heermart in Eiſenach.

(Schluß der im vorigen Hefte abgebrochenen Abhandlung Nr. VI.)

§. 34.

Noch iſt eine Klaſſe von Servituten übrig, nemlich die negativen in *non faciendo* beſtehenden. Daß die Rechtslehrer, welche das interd. uti poss. auf die servitutes in patiendo ausdehnen, gegen die Erſtreckung deſſelben auf jene Servituten noch weit weniger Bedenken finden können, begreift ſich leicht. Allein auch Savigny[1]) und Albert[2]), welche jene Ausdehnung leugnen, laſſen das Interdict. uti poss. bei den negativen Dienſtbarkeiten zu. Fragt man nach Beweiſen, ſo wird L. 8. §. 5. si serv. vind. angeführt, worin es heißt: Dicit igitur Aristo eam, qui tabernam casearam a Minturnensibus conduxit. a superiori prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri, agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, jus ei non

1) a. a. O. §. 46. S. 606. Not. 1. (ed. 6.)

2) das int. uti poss. §. 83.

esse fumum immittere. Ergo per contrarium agi poterit; jus esse fumum immittere, quod et ipsum videtur Aristo probare. *Sed et interdictum uti possidetis poteret locum habere, si quis prohibeatur qualiter velit, suo uti* .. Hieße es am Schluſſe der Stelle „suo *jure* uti," wie Perez[1]) citirt, ſo würde gegen die Anwendung nicht nur auf dieſe, ſondern auch auf alle übrigen jura in re nichts zu ſagen ſeyn. Allein das „jure" ſteht nun einmal nicht da, und ohne dieſes kann das suum nichts anders heißen, als Eigenthum und zwar unbewegliches, und es ſagt die Stelle nicht mehr als L. 3. §. 2. uti possid. hoc interdictum sufficit ei, qui aedificare *in suo* prohibetur: etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti *mea possessione*.

Höchſtens kann man wohl alſo die erſte Stelle von einer poſitiven, mit dem Gebäude durch eine gewiſſe Vorrichtung in unmittelbarer Verbindung ſtehenden Servitut verſtehen, was auch Savigny a. a. O. anerkennt. Das *immittere* fumum, welches der Gegenſtand obiger Stelle iſt, ſcheint eine Anſtalt vorauszuſetzen, wodurch der Rauch geleitet wird, denn von einem Rauch, der ſich von ſelbſt, durch den Luftzug, in das Nachbarshaus verbreitet, könnte man doch ſchwerlich ſagen, daß er „immittatur."

Was Roßhirt[2]) in Anſehung der andern Servituten (worunter er nothwendig die ſogenannten qualificirten und die rein negativen Servituten verſtehen muß, weil er nur die in patiendo beſtehenden ihnen entgegenſtellt), ſagt:

„es ſey ihr Verhältniß mit dem herrſchenden Gut ſo objectiv, daß das int. uti poss. aus dem Standpunkt des herrſchenden Gutes, alſo des eigentlichen Beſitzes entwickelt ausreiche, es ſey die Servitus eine reine qualitas rei, und der Beſitz der res werde geſtört, wenn jene qualitas ent-

1) in Cod. L. 8. T. 4. nr. 21.

2) a. a. O. S. 44. 45.

zogen ſey" paßt nur auf die ſogenannten qualifizirten Servituten, denn der körperliche Beſitz der Hauptſache kann unmöglich auf das mit letzterer verbundene unkörperliche Recht erſtreckt werden, wie denn auch die von Roßhirt angezogene Beweisſtelle L. 32. §. 1. de serv. pr. urb. gar nicht etwa von einer servitus in non faciendo ſpricht, ſondern von der usucapio libertatis gegen eine ſolche, und von dem dabei nothwendigen Beſitz, der in dem altius aedificatum mithin in etwas körperlichem beſteht, das mit dem dienenden Hauſe unmittelbar verbunden iſt. Es iſt daher nur eine Nachläſſigkeit im Ausdruck, wenn es in der Stelle weiter heißt:

> natura enim servitutum ea est, ut per se possideri non possunt, sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet.

Uebrigens iſt auch in der Stelle von einem Interdict gar nicht die Rede, ſondern lediglich von der usucapio libertatis wie ſchon bemerkt.

So wie es nun an einer Beweißſtelle für die Zuläſſigkeit des Int. uti possidetis oder irgend eines andern Interdicts fehlt, ſo fehlt es ſogar hier an einer Beſtimmung, wie der ſogenannte Quaſibeſitz, der doch nothwendig da ſein müßte, wenn man an ein int. uti poss. utile denken wollte, erworben und erhalten werde. Das bloße factiſche der angeſprochenen Dienſtbarkeit entſprechende Sachverhältniß allein genügt offenbar nicht, damit iſt auch Savigny einverſtanden, der die in den erſten Ausgaben ſeines Werks aufgeſtellte Meinung zurückgenommen hat[1]) und nun den in L. 6. §. 1. si serv. vind. vorkommenden Ausdruck possessor nicht mehr vom Quaſibeſitz erklärt. Er ſtellt aber zwei andere Beſitzerwerbsarten auf, nemlich:

1) Verhinderung einer der angeſprochenen Servitut wi-

1) a. a. O. S. 603. Not. 1. (ed. 6.)

derstrebenden Handlung des Gegners durch Verbot oder Thätlichkeit und des letztern Beruhigung dabei.

2) Eine Handlung, welche ihrer Form nach sogar das Recht der Dienstbarkeit unter sonstigen Voraussetzungen zu übertragen geeignet wären.

Für die erste Form werden als Beweisstellen angeführt:

L. 15. de nov. oper. nunc. 39, 1.

L. 45. de damno inf. 39, 2.

In der ersten Stelle heißt es:

Si prius quam aedificatum esset, ageretur jus vicino non esse, aedes altius tollere, nec res ab eo defenderetur, partes judicis non alius futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur cavere juberet, non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, jus sibi esse altius tollere. Idemque e contrario, si cum quis agere vellet jus sibi esse invito adversario altius tollere: eo non defendente, similiter inquit, officio judicis continebitur, ut cavere adversarium juberet, nec opus novum se nunciaturum, nec adificanti vim facturum. Eoque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut jure suo probare necesse haberet: id enim esse petitoris partes sustinere.

Im Anfang der Stelle liegt der Fall vor, wo der, welcher eine servitus negativa anspricht, die confessoria angestellt hat, gegen welche der Beklagte sich nicht vertheidigt. Da soll zur Strafe des Ungehorsams (punietur heißt es im Schlußsatz der Stelle, der sich auf beide Fälle bezieht) der Beklagte nun das Recht des Klägers so lange intermistisch anerkennen, bis er sein Recht klagend durchgefochten hat. Da ist weder von einem wörtlichen Verbot noch von einer gewaltsamen Verhinderung der der angesprochenen Servitut entgegenstehenden Handlung und von einer Beruhigung des Gegners dabei, die Rede, sondern nur von den processualischen Folgen des Ungehorsams gegen eine

Digitized by Google

angeſtellte Confeſſorienklage[1]), deren heutige Anwendbarkeit bei der gänzlich veränderten Prozeßform wohl ſchwerlich zu vertheidigen ſeyn dürfte.

Die zweite Stelle

L. 45. de damno infecto:

aedificatum habes: ago tibi jus non esse habere: non defendis: ad me possessio transferenda est: non quidem ut protinus destruatur opus . . sed ut id fiat, nisi intra certum tempus egeris, jus tibi esse aedificatum habere.

hat einen Fall zum Gegenſtand, wo die der angeſprochenen Servitut entgegenſtehende Handlung ſchon geſchehen war, wo alſo von einem Verbot und einer Beruhigung dabei gar nicht die Rede ſeyn kann, und gehört demnach gar nicht hierher, ſowenig als der übrige Inhalt der L. 45., der es mit einer angeſtellten Negatorienklage zu thun hat, wobei denn auch kein Verbot vorkommen kann. Die L. 6. de serv. pr. urb. (7,2.) die Kori[2]) anführt, enthält kein Wort von einem Verbot und einer Beruhigung des Gegners dabei.

Folglich fehlt es für die erſte Form des Erwerbs eines Quaſibeſitzes negativer Servituten durchaus an geſetzlicher Begründung.

Will man aber denoch hier ein int. uti poss. utile geben, ſo geräth man in einen unauflöslichen Widerſpruch.

Wenn der Eigenthümer eines Grundſtücks wörtlich oder gar thätlich von ſeinem Nachbar gehindert wird, auf ſeinem Eigenthum etwas zu thun, ſo iſt das ohne Zweifel eine Störung im Beſitz des Grundſtücks[3]). Er kann alſo unſtreitig das interd. uti poss. gegen den Nachbar anſtellen, und iſt dabei — wenn er nicht Schadenserſatz fordert — wenigſtens nicht an die einjährige Verjährungsfriſt gebun-

1) Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilrechts. §. 26. not. 27.
2) Theorie der Verjähr. S. 837. Not. 92.
3) L. 3. §. 2. uti possid.

den [1]). Damit ſteht in directem Widerſpruch, daß in jenem Fall der Nachbar in dem Quaſibeſitz der angemaaßten Servitut geſchützt werden ſoll, denn beides zugleich iſt unmöglich. Da nun für den Schutz des Eigenthümers klare Geſetze ſprechen, für den des Nachbars aber gar keine, ſo kann man wohl nicht lange anſtehen, dem erſtern den Vorzug zu geben, und ſomit iſt die Unſtatthaftigkeit der Anwendung des int. uti poss. auf dieſe Fälle nachgewieſen.

Man würde auch dabei wieder in die nemliche Verlegenheit kommen, die oben in Anſehung der in Handlungen des Berechtigten beſtehenden Servituten geſchildert wurde. Ein Eigenthümer, dem ein beabſichtigter Bau unterſagt, ein begonnener zerſtört wird, kann doch nicht im nemlichen Augenblick den Bau wieder vornehmen oder gegen den Nachbar poſſeſſoriſch oder petitoriſch klagen, und ſo die Verhinderung vernichten.

Wie, wenn er es nun eine Stunde, einen Tag, eine Woche, einen Monat oder ein, zwei oder zehn Jahre hinterdrein thut? Von welchem Zeitpunkt an muß der widerſprechende Nachbar im Quaſibeſitz ſeiner angemaaßten Servitut geſchützt werden? Von welchem Zeitpunkt an kann man eine Beruhigung des Eigenthümers annehmen? Gilt es als eine Beruhigung, wenn der Eigenthümer gegen die Störung fortwährend proteſtirt, und ſein Recht zum Bau behauptet, aber dennoch keine Klage erhebt? Augenſcheinlich geräth man bei dieſen Fragen wieder in ein endloſes Meer von Willkührlichkeiten, in welchem man ſich vergeblich nach einem ſichern Anhaltpunkt umſieht.

Aber auch für die oben erwähnte zweite Art des Erwerbs eines Quaſibeſitzes an negativen Servituten fehlt es an geſetzlichen Belegen, und wären dergleichen vorhanden, ſo wäre für den poſſeſſoriſchen Schutz jener Servituten da-

1) S. Albert das interd uti poss. §. 167.

mit nicht viel gewonnen. Denn da unter den für die Quasibesitzerwerbung geforderten Voraussetzungen auch der prätorische Schutz des Rechts selbst nicht versagt werden kann[1]), so wäre es thörigt, wollte der Anspruchmachende auf Schutz des bloßen Besitzes klagen, während er mit denselben Mitteln Zuerkennung des Rechts selbst erlangen könnte, und es würde daher das Interdict aus dem nämlichen Grunds für unpraktisch zu erklären seyn, aus welchem Savigny[2]) sagt, daß von dem interdicto de itinere reficiendo nicht mehr die Rede seyn könne.

Bemerkenswerth ist auch, daß in einem Fall, wo der dominus praedii servientis gegen den bisherigen Zustand etwas unternimmt, nach L. 6. §. 1. si serv. vind. nicht etwa das interd. uti possidetis gegeben wird, sondern die petitorische Klage und das interd. quod vi aut clam, was gar keinen Besitz erfordert. Gleichwohl ist doch eine wirklich bestehende Servitut vorausgesetzt, also irgend eine Thatsache, welche ihrer Form nach das Recht und nach obiger Behauptung Savigny's auch den Quasibesitz begründet. Unbegreiflich wäre es, daß Ulpian das so nahe liegende interd. uti possid. nicht erwähnt hätte, wenn er es für zulässig gehalten hätte.

Was von dem sogenannten Quasibesitz dieser Servituten in Beziehung auf Verjährung zu halten sey, das ist eine Frage, die hier nicht zu untersuchen ist. Nur das dürfte sich aus dem Obigen ohne Weiteres herausstellen, daß auf die Verhinderung einer der Servitut entgegenstehenden Handlung eine erwerbende Verjährung schwerlich zu gründen seyn dürfte.

Noch ist die Frage zu berühren, wie es bei diesen Servituten mit dem possessorium summariissimum stehe. Die

1) L. 11. §. 1. de public. in rem act. (612.)

2) a. a. O. S. 598. §. 46. II. (ed. 6.)

Digitized by Google

Möglichkeit, daß es darüber zu Thätlichkeiten komme, ist nun allerdings denkbar und die Nothwendigkeit provisorischer Verfügungen darum nicht abzuleugnen. Gleichwohl möchte ich die Statthaftigkeit eines possessorii summariissimi, wie es sich nun einmal jetzt gestaltet hat, nicht anerkennen, denn wenn nach obiger Ausführung der bloße faktische Zustand (der Quasibesitz) überhaupt nicht geschützt wird, so kann es auch keine blos vorläufige Verhandlung über dessen Schutz geben. Und so kann denn auch von einer Spolienklage bei ihnen keine Rede seyn. Natürlich aber sind dadurch provisorische Verfügungen überhaupt nicht ausgeschlossen.

§. 35.

Hiermit wäre denn die Untersuchung über die possessorischen Rechtsmittel für die durch das römische Recht uns überlieferten jura in re geschlossen. Sehen wir nun, wie es um die durch spätere Verhältnisse insonderheit durch die germanischen Sitten aufgekommenen jure in re in Ansehung der possessorischen Rechtsmittel steht.

Hier stoßen wir zuerst auf Rechte, die mit dem Besitz von Grund und Boden verbunden sind. Dahin gehören die Landeshoheit mit ihren Ausflüssen, (versteht sich unter Fürsten, welche einen gemeinschaftlichen Richter über sich erkennen, denn außerdem hat das Recht überhaupt keine sonderlich praktische Bedeutung) ferner Diöcesan- und Parochialverhältnisse, die regelmäßig mit dem Besitz einer Kirche oder eines sonstigen unbeweglichen Gegenstandes zusammenhängen, wobei denn eine Störung sowohl als eine wahre Entsetzung (dejectio) allerdings denkbar ist. Daß bei solchen Berechtigungen sowohl das interd. uti possidetis als unde vi analog anzuwenden sey, leidet keinen Zweifel [1]). Noch weniger zu bestreiten ist das beim eigent-

1) Gesetzl. Belege dafür enthalten das c. 2. 3. 4. 7. 15. X. de restit. spol.

Digitized by Google

lichen Lehn, und den mannichfachen der römischen Emphyteuse ähnlichen dinglichen Rechten.

§. 36.

Etwas anderer Natur sind Jurisdictions- und Parochialberechtigungen, wenn die letzteren nicht an eine gewisse Kirche geknüpft sind. Diese Rechte haben zwar auf Grund und Boden insofern eine Beziehung, als sie nur innerhalb eines gewissen Bezirks ausgeübt werden, allein man kann doch nicht füglich sagen, daß ihre Ausübung eine Detention des Bezirks voraussetzten, wie z. B. der Nießbrauch oder der usus, vielmehr haben sie mehr Aehnlichkeit mit den Servituten, die in abgesonderten Handlungen des Berechtigten bestehen. Es ist deshalb das interdictum uti possidetis und unde vi nicht wohl zulässig, obschon die ältere Praxis natürlich daran nicht im Geringsten zweifelte [1]). Zwar erkennt das cap. 17. X. de rest. spol. den Schutz der bloßen Ausübung auch eines solchen Rechts an, und das war natürlich Grundes genug, die Spolienklage für statthaft zu achten. Es muß aber hier wiederholt werden, daß das canonische Recht überall kein neues possessorisches Rechtsmittel einführt, sondern zwar hier und da den possessorischen Schutz bei, den Römern unbekannten, Rechtverhältnissen zuläßt, und einige [2]) neue Rechtssätze aufstellt, sonst aber theils in allgemeinen Ausdrücken auf das römische Recht hindeutet [3]), theils sogar die römischen Interdicte namentlich nennt,

1) Perez in C. L. 8. T. 4. nr. 3. Tit. 6. n. 12. Lynker dec. 366. Menochius de ret. poss. rem III. nr. 107. et de recup. poss. rem I. nr. 99. sqq.

2) Eigentlich nur zwei. Savigny a. a. O. S. 627. (ed. 6.)

3) c. 9. X. de probat. (2, 19.) „secundum legitimas sanctiones“ . . . „quia tamen nolumus a juris tramite declinare“ c. 5. X. de rest. spol. „secundum rigorem juris“ c. 9. eod. „sicut in se culorum legibus principum cautum est.“ c. 18. eod. „non obstante juris civilis rigore.“

Digitized by Google

so im cap. 9. de prob. das interd. uti possidetis, im c. 15. X. de rest. spoliat. das interdictum unde vi. Und so ist denn auch in dem c. 17. cit. nicht ausgesprochen, welches Rechtsmittel in einem solchen Falle eintrete, sondern es ist daraus (freilich auch nur argumento a contrario, denn es wird die restitutio versagt) nur zu schließen, daß überhaupt ein Schutz der Ausübung Statt finden könne. Man hat also auch hier keinen andern Anhalt als das römische Recht, und da, wie schon bemerkt, jene Rechte die meiste Aehnlichkeit mit den in abgesonderten Handlungen bestehenden Servituten haben, so bleibt nichts übrig, als die für die letztern geordneten Interdicte, deren Grundsätze §. 17. fgg. entwickelt wurden, hier analog anzuwenden [1]). Man könnte vielleicht einwenden, daß im cap. 9. X. de prob., in einem Fall, wo auch die Jurisdiction in Frage kam, Innozenz III. doch die Sache aus dem Gesichtspunkt des interdicti uti possidetis ansah. Allein es handelte sich da nicht allein von der jurisdictio, sondern super jurisdictione, honore, hominio ac districtu sancti P. et castro Arioli, quod de jure ad se spectare dicta ecclesia proponebat, also von einem Complex mehrfacher Gerechtsame, ja wohl von Grund und Boden selbst.

Es wird daher bei diesen Rechten darauf ankommen, daß sie in dem Jahre rückwärts von der Klagerhebung an,

---

1) Schon Donellus ad L. un. C. uti possid. (8, 6.) nr. 15. sagt das: De jurisdictionis possessione . . . item de possessione juris, vectigal vel alios reditus percipiendi quaesitum est. Sed ne de his quidem hoc interdictum utile dabitur. Potius de istarum rerum quasi possessione agitur ad exemplum interdicti de itinere actuque privato, ut is scilicet in hujus juris possessione vincat, qui eo jure hoc anno usus est nec vi nec clamnec precario ab adversario. Et certe de itinere actuque privato hoc constitutum esse Ulpianus scribit, quia plerumque itineribus vel via non semper utimur. L. 1. §. 1. de itinere. Sit ergo idem jus in jurisdictione, quia et ipsa perpetuo uti non possumus.

Digitized by Google

ausgeübt worden sind. Und da die Ausübung dieser Gerechtsame nicht von der Willkühr des Berechtigten abhängen, sondern davon, daß irgend ein Ereigniß eintrete, welches deren Ausübung veranlaßt, so genügt auch eine Ausübung in dem vorletzten Jahre nach den Grundsätzen in §. 19. wenn in dem letzten eben kein Fall vorkam, der die Ausübung möglich machte, was in kleinen Parochien und Gerichtssprengeln gar wohl vorkommen kann. Weiter aber als über das zweite Jahr rückwärts hinaus erstreckt sich der possessorische Schutz nicht.

Es fragt sich aber, ob der angeblich Berechtigte die Negative nachweisen müsse, daß in dem letzten Jahr kein Fall vorgekommen sey, oder ob das Vorkommen eines solchen dem Gegner darzuthun obliege. Ich stehe nicht an, für das erstere mich zu erklären, denn da der Gebrauch im vorletzten Jahre nur im Gefolge einer restitutio in integrum den Schutz der fernern Ausübung begründen kann, (L. 1. §. 9. de itinere) und die causa restitutionis von jedem erwiesen werden muß, der darauf hin Restitution sucht, so folgt die Richtigkeit der Behauptung von selbst.

Bei der Gerichtsbarkeit ist noch besonders zu gedenken, daß dieselbe bekanntlich in mehre Gattungen zerfällt, von deren einer nicht auf die andere zu schließen ist. Es kann deshalb nach dem Grundsatz XI. §. 27. der richterliche Schutz nur der Art von Gerichtsbarkeit angedeihen, welcher die letzte Handlung der Ausübung angehört. So kann auf die Verhandlung eines Civilprozesses nicht das Gesuch um Schutz bei der Kriminalgerichtsbarkeit gegründet werden, und umgekehrt [1]).

Endlich kann es aber auch vorkommen, daß innerhalb der erforderlichen Zeit verschiedene Personen nach einander

1) Berger el. proc. poss. §. 20.

Digitized by Google

an demſelben Ort Handlungen derſelben Art ruhig ausgeübt haben, und es entſteht daher die Frage, ob der, welcher die letzte ausübte, oder der Andere oder beide nebeneinander in der fernern Ausübung geſchützt werden ſollen.

Hier kann es nun zunächſt nicht zweifelhaft ſeyn, daß im Summariiſſimum derjenige obſiegen muß, der die jüngſte Handlung für ſich hat. In Anſehung des Ordinariums würde die bisherige Praxis für den entſcheiden, der die älteſte Handlung ausgeübt hat. Nach der hier aufgeſtellten Theorie hingegen, wonach die, für die Wege- und Waſſergerechtigkeiten gegebenen Interdicte analog angewendet werden müſſen, wird man — vorausgeſetzt, daß nicht eine Parthei die Beſitzhandlungen der andern als fehlerhaft oder ſonſt zum Interdictenſchutz nicht geeignet (§. 21. 22. 23.) darzuſtellen vermag — nicht anders als ſo entſcheiden können, daß, weil beide Theile zu dem Interdict gleich berechtigt ſind, gleichwohl ein Schutz beider in der Ausübung (quasi possessio duorum in solidum) bei Rechten dieſer Art nicht ſtatthaft erſcheint [1]), die widerſprechenden Rechte ſich gegenſeitig aufheben, daher im Ordinarium keiner den Vorzug vor dem andern behaupten könne, und der Sieger im Summariiſſimum ſo lange bei der Ausübung zu ſchützen ſey, bis der Gegner im Petitorum ſein Recht ausführt. Dieß iſt der allgemeine Grundſatz bei collidirenden gleich ſtarken Rechten verſchiedener Perſonen [2]).

§. 37.

Eine beſondere Betrachtung verdienen noch die Regalien, wenn ſie von Privatperſonen ausgeübt werden.

1) Denkbar wäre allerdings eine ſolche Concurrenz, daß zwei Gerichte an einem Orte dieſelbe Art von Gerichtsbarkeit übten, und in jedem einzelnen Falle die Prävention entſchiede, und wirklich iſt mir auch ein Beiſpiel davon bekannt. Aber der Staat ſollte wohl ſolche Monſtroſitäten nicht dulden.

2) L. 125. de R. J.

Digitized by Google

z. B. Salzgewinnung und Bergbau, Jagd u. s. w. Nach römischem Recht sind solche Rechte nichts anders als gewöhnliche Servituten in patiendo. Durch die angenommene Regalität dieser Befugnisse verändert sich freilich auch die rechtliche Eigenschaft derselben [1]), sie können z. B. dann auch in re propria vorkommen. Ferner bestehen aber diese Gerechtsame in einzelnen Handlungen, mithin wird dasselbe von ihnen gelten, was im vorigen §. von der Gerichtsbarkeit gesagt wurde, und ebenso findet Anwendung die Beschränkung des possessorischen Schutzes auf diejenige Gattung jener Gerechtsame, welche im vergangenen Jahre ausgeübt wurde, so daß daher z. B. Wer einen Akt der Niederjagd ausgeübt, wer auf Bley, Eisen und dergleichen gegraben hat, darauf hin nicht bei Ausübung der hohen Jagd, beim Graben nach edlen Metallen geschützt zu werden verlangen darf.

Es kann indessen auch vorkommen, daß zum Behuf der Ausübung dieser Regalien Gebäude errichtet sind, und dann kann in Ansehung dieser auch das interdictum uti possidetis oder de superficie Platz greifen, jenachdem sie auf dem Eigenthum des Ausübenden oder eines Andern, sey das nun der Staat oder ein Privatmann, errichtet sind.

Noch ist hier eine Frage zu berühren, nemlich, ob wegen der von einer Privatperson ausgeübten Regalien possessorische Rechtsmittel gegen den Landesherrn Statt finden. Manche Rechtslehrer [2]) leugnen es schlechterdings, andere [3]) wollen nur das poss. ordinarium jedoch auch nur bei wenigstens zehnjährigem Besitz zu lassen, noch andere [4]) schließen blos das possessorium summariissimum aus. Zur Begründung

1) Mittermaier Privatr. §. 260.

2) Wernher P. 2. obs. 366. Schaumburg princ. prax. L. II. c. 4. §. 3. not. *** Kori summ. Proz. §. 116. not. 6.

3) Berger el. proc. poss. §. 26. Leyser spec. 499. med. 8. 9.

4) Claproth Summ. Proz. §. 32. Gönner Handb. Bd. IV. S. 424. Mittermaier Privatr. §. 260.

Digitized by Google

dieſer Meinungen beruft man ſich wohl auf Stellen des römiſchen Rechts, die aber gar nichts beweiſen, weil ſie theils von Gegenſtänden ſprechen, die überhaupt kein Privatmann beſitzen darf (L. 1. §. 8. uti poss.) was von jenen Regalien natürlich nicht geſagt werden kann, theils von ſolchen, wo das gemeine Wohl in Berührung kommt (L. 3. §. 11. 12. de novi op. nunc. L. 1. §. 41. 42. 45. de aqua quot.) Das c. 7. de privileg. 6to (5, 7.) ſagt blos, wenn gewiſſe Perſonen zu Begründung ihres Anſpruchs auf ein Privilegium, ſich auf eine Verleihungsurkunde und auf Verjährung berufen hätten, die erſtere aber nicht genugſamen Beweis enthalte, ſo ſollten ſie die Verjährung beweiſen, praescriptionisque probatione pendente, licet ordinariorum intentio de jure communi fundetur, quia de privilegio, quod saltem causam praescribendi praebet, faciunt fidem, in libertatis vel exemtionis possessione non violenta non clandestina, nec concessa precario, de qua fidem coram eisdem fecerint, *non turbentur*.

Daß dieſer Schutz ihnen nicht angedeihen ſolle, wenn ſie keine Verleihung anführen konnten, iſt wenigſtens darin nicht klar ausgeſprochen.

Der Grund, daß der Landesherr eine ſtarke Vermuthung für ſich habe, welche die Vermuthung aus dem Beſitzſtand überwiege, ſteht ohne Beweis da. Mit mehr Recht möchte man ſich auf das c. 2. de rest. spol. 6to und c. 1. de praescript. 6to berufen, wonach demjenigen, welcher das jus commune gegen ſich hat, weder Schutz im Beſitz noch Verjährung zu Statten kommen ſoll, wenn er keinen justus titulus nachweiſen kann. Freilich ſetzt das voraus, daß auch wirklich in einem Lande ausdrückliches Geſetz oder entſchiedenes Gewohnheitsrecht gewiſſe Rechte für regelmäßig dem Beſitz von Privatperſonen entzogen erklärt. In wiefern das nun bei den ebenerwähnten und andern Rechten der Fall ſey, bleibt immer eine quaestio facti, die in jedem Lande

Digitized by Google

eine verſchiedene Antwort finden kann. Indeſſen hat das nur auf das possess. ordinarium Bezug. Was aber das summariissimum anlangt, ſo ſollte man an deſſen Zuläſſigkeit eigentlich nicht zweifeln, wenn man ſeine Entſtehung und urſprüngliche Natur nicht aus den Augen verliert. Denn iſt daſſelbe nichts als eine Proviſionalverfügung zur Verhütung von Thätlichkeiten (ſ. oben §. 10.) und muß man zugeben, daß Thätichkeiten auch dann nicht undenkbar ſind, wenn es ſich um Ausübung von Regalien zwiſchen Privatperſonen und dem Fürſten oder ſeinen Stellvertretern handelt, ſo iſt ſchlechthin kein Grund abzuſehen, warum in ſolchen Streitigkeiten die ſonſt als zweckmäßig und nothwendig anerkannten Maaßregeln nicht Platz greifen ſollen. Betrachtet man nun gleich nicht mehr die Beſorgniß von Thätlichkeiten als nothwendige Vorausſetzung des summariissimi, ſo iſt doch die ſonſtige Natur der Prozeßart, welche lediglich auf das Thatſächliche gerichtet iſt, und eine Erörterung der rechtlichen Eigenſchaften des Beſitzes nicht zuläßt, ſo beſchaffen, daß man ihre Zuläſſigkeit auf die in Frage ſtehenden Rechte (falls nicht den Privatperſonen deren Ausübung ganz verboten iſt) nicht füglich bezweifeln kann [1]).

Noch iſt der im vorigen §. berührte Fall zu gedenken, daß Mehre innerhalb der erforderlichen Zeiträume, ſolche Rechte ruhig ausgeübt haben; die Entſcheidung muß aber hier etwas anders ausfallen. Wenn nämlich ſolche Rechte von Mehren neben einander ausgeübt werden können, ohne daß Einer in den Bereich des andern unmittelbar eingreift, wie z. B. beim Berg- und Salinenbau an verſchiedenen Orten, da werden in dem vorausgeſetzten Falle Alle neben einander bei der Ausübung zu ſchützen ſeyn. Wenn aber

1) vergl. Müller ad Leyser obs. 824. So will auch Gönner a. a. O. Not. 1. bei der Jagd und Gerichtsbarkeit das summariissimum zulaſſen.

Digitized by Google

Zwei eine und dieselbe Salzquelle benutzen, die nämliche Metallgrube ausbeuten wollen, da muß wie im vorigen §. entschieden werden.

§. 38.

Eine andere Gattung von dinglichen Rechten bilden die Zwangs- und Bannrechte, welche häufig activ, immer aber passiv mit Grund und Boden zusammenhängen, sey es nun, daß sie gegen die Besitzer gewisser Grundstücke als solcher oder gegen die Einwohner eines ganzen Bezirks gerichtet sind. Das Charakteristische derselben besteht in der Befugniß von dem Verpflichteten zu verlangen, daß er gewisse Bedürfnisse, z. B. Wein, Bier, nur von dem Berechtigten nehme, gewisse Arbeiten, z. B. Backen, Mahlen, Keltern, nur von ihm verrichten lasse. Daß bei ihnen possessorische Rechtsmittel Statt finden, wird unbedenklich behauptet [1]), ohne jedoch die Voraussetzungen derselben genauer anzugeben.

Zuvörderst ist zu erwähnen, daß durch diese Rechte kein absoluter Zwang zu einer Handlung begründet wird, sondern nur ein indirekter [2]). Der Zwangsmüller kann nicht verlangen, daß der Verpflichtete durchaus in seiner Mühle, sondern nur, daß er in keiner andern mahlen lasse. Wenn er nun gar nicht mahlen lassen, sondern sein Brod vom Bäcker nehmen will, so kann ihm das nicht gewehrt werden, und so kann ein Bannrecht bestehen, ohne daß der Verpflichtete nur ein einziges mal die Handlung thut, auf welche es eigentlich bei dem Recht abgesehen ist. Daher ist es unrichtig, wenn Roßhirt [3]) die Bannrechte zu denjenigen rechnet, die sich auf ein Thun des Verpflichteten beziehen, und darum

1) Mittermaier Privatr. §. 153 a. Puchta von gerichtlichen Klagen. §. 105.

2) Puchta a. a. O. §. 106.

3) Arch. f. civ. Pr. Bd. 8. S. 70. 71.

Digitized by Google

sind auch die Folgerungen falsch, welche er aus jener vermeintlichen Eigenschaft zieht, vielmehr sind diese Rechte auf ein Nichtthun gerichtet, sie sind negative Rechte, und ist das richtig, so kann man folgerecht bei ihnen gar keinen Schutz der bloßen Ausübung annehmen aus den Gründen, welche eben §. 34. dargelegt worden sind. Gleichwohl behaupten alle Rechtslehrer [1]), daß bei ihnen ein Quasibesitz durch Verbot und Beruhigung des Gegners dabei erworben werde, der auch durch possessorische Rechtsmittel geschützt werden soll. Woraus aber die Beruhigung zu erkennen sey, darüber erfährt man nichts. Wenn der Gegner das Verbietungsrecht anerkennt, so ist das zweifelsohne eine Beruhigung zu nennen, doch geht das schon in das Recht selbst mit über, es ist nicht reine Besitzsache. S. oben §. 34. Not. 164.

Wie aber, wenn der Gegner dem Verbot widerspricht, aber gleichwohl factisch ihm nicht zuwiderhandelt, und die verbotene Handlung nicht thut? Eine Beruhigung kann man das doch schwerlich nennen, denn er kann viele Gründe haben, z. B. gar nicht Mehl bereiten zu lassen, sondern das fertige Brod zu kaufen, oder auch die angebliche Zwangsmühle einer andern vorzuziehen, vielleicht weil sie ihm näher ist, besseres Mehl liefert, oder weniger abmetzt, ohne darum doch der Meinung seyn, daß er sie auch dann besuchen wolle, wenn diese Umstände sich ändern. Ja selbst, wenn er nicht sofort widerspricht, aber doch auch nicht das Recht ausdrücklich anerkennt, so fragt es sich, von welchem Zeitpunkt an die Beruhigung anzunehmen sey. Leyser [2]) sagt: neque necesse est, ut post prohibitionem longissimum tempus effluxerit. Sed et ante biduum factu prohibitio, si pro-

1) Mevius P. 1. doc. 60. Wernher P. 1. obs. 87. p. IX. obs. 41. Hommel obs. 38. Kind P. 4. c. 64. und viele andere.

2) spec. 462. med. 4. 5.

hibitus adquiesit, id operatur, ut prohibens in possessione constitutus saltem, quamdiu judicio possessorio contenditur, victoriam reportet. Also zwei Tage des Schweigens sollen genügen, um den Besitz eines Zwangsrechts zu begründen! Wer sieht aber nicht, daß das eine rein willkührliche Annahme, und daß man mit demselben Recht einen einzigen Tag, oder drei, oder irgend einem Zeitraum dieselbe Wirkung beilegen könnte? Hommel fühlte das Ungewisse der Sache, indem er obs. 109. bei Gelegenheit der Wirkung eines Widerspruchs gegen eine Servitut sagt: unam addunt exceptionem, si alter acquieverit, adeoque prohibitio effectum habuerit. Sed *quoniam, quousque et quamdiu acquiescere debeat, non definiunt*, haec exceptio fere nulla. Gleichwohl konnte er sich von der einmal festgewurzelten Lehre der prohibitio und obedientia des Gegners und ihren Folgen nicht losreißen. S. obs. 33. nr. 8.

Darum ist es — soll einmal eine solche Besitzerwerbung mit ihren Folgen angenommen werden — unentbehrlich, daß durch positive Verordnung eine Zeit bestimmt werde, aus deren Verlauf ohne Klaganstellung oder dem Verbot entgegenlaufendes Handeln diese Beruhigung geschlossen werden darf. Dies ist z. B. in Kursachsen geschehen, indem durch die erläut. Proz. Ordn. Anhang §. 19. ein Jahr festgesetzt worden ist, binnen welchem der, an den ein Verbot erging, sich dagegen thätlich oder klagend regen muß, wenn nicht der Gegner den Quasibesitz des Verbietungsrechts erlangen soll [1]). Wo solche Bestimmungen nun bestehen, ist nun zwar dem ganz ungewissen Zustand eine Ende gemacht, aber unbillig bleibt es doch immer, daß ein Staatsbürger durch ein bloßes wörtliches Verbot eines Andern genöthigt wird, einen Prozeß anzufangen, wenn er gleich gegenwärtig

1) vgl. Menken de qualitate possessionis in proc poss. summ. §. 21. 22. (in opusc. 13.)

gar nicht Willens ist, die verbotene Handlung vorzunehmen, nur damit nicht sein Gegner in einen Quasibesitz kommen, und ihn in Zukunft einmal wenigstens interemistisch bis zum Durchsetzen der Negatorienklage an der Handlung verhindere.

Eine weitere Verwickelung entsteht nun auch dann, wenn nach Ablauf der Zeit, die Willkühr oder Gesetz als Zeichen der Beruhigung annimmt, der angeblich Verpflichtete die verbotene Handlung doch unternimmt. Ist das eine bloße Störung, so daß nach den Grundsätzen des interd. uti possidetis zwar der etwaige Schadenersatz an die einjährige Verjährungsfrist gebunden ist, aber doch der Quasibesitz selbst nicht aufgehoben wird, also wegen künftiger Zuwiderhandlungen doch wieder Schutz bei dem Zwangsrecht gebeten werden kann? Die Analogie der vera possessio läßt hier im Stich. Denn danach muß der Kläger im Ganzen noch im Besitz der Sache, und nur einzelne Eingriffe in seine Rechtssphäre müssen geschehen seyn. Wenn aber ein angeblicher Zwangspflichtiger das thut, dessen Nichtthun gerade der einzige Gegenstand des Zwangsrechts ist, so bleibt vom letzten gar nichts übrig, und es ist gerade so, als wenn bei der possessio corporis dem bisherigen Besitzer alle Einwirkung auf die Sache entzogen, wenn er entsetzt wird. Dächte man sich nun den Quasibesitz als aufgehoben, und etwa die Spolienklage als anwendbar, obgleich keine Stelle des kanonischen Rechts solcher Befugnisse erwähnt, so würde nach der gewöhnlichen Ansicht von der Verjährung dieser Klage der angeblich Berechtigte bis zu 30 Jahren Schutz bei seinem Zwangsrecht verlangen können. Gleichwohl ist nicht abzusehen, warum er mehr begünstigt seyn soll, als der Gegner, warum er durch ein möglicher Weise grundloses Verbot, gegen welches der Andere, ohne es ausdrücklich anzuerkennen, sich nur eine Zeitlang passiv verhält, ein so sehr gesichertes Recht erwerben soll, während der Andere, wenn er gegen den sogenannten Quasibesitzstand vor Jenem sich

Digitized by Google

regt, und gegen das Verbot eine Handlung unternimmt, zu welcher jener auch eine Weile stillschweigt, sich also dabei „beruhigt," dadurch doch nicht den sogenannten Quasibesitz der Freiheit erlangen soll. Denn die Verhältnisse sind in beiden Fällen ganz gleich, Eingriff in den factischen Zustand auf der einen, Stillschweigen auf der andern Seite, warum sollen die rechtlichen Folgen verschieden seyn?

Räumt man aber diesem Zuwiderhandeln wirksame Folgen in Ansehung des Quasibesitzes ein, so kömmt man wieder auf die Frage zurück, wie lange der angeblich Berechtigte zu der Zuwiderhandlung geschwiegen haben muß, wenn daraus eine „Beruhigung" geschlossen werden soll, und die Antwort versetzt uns ebenso wieder in das Reich der Willkühr, wie bei den Folgen des Verbots.

Eine nicht geringere Schwierigkeit in Ansehung dieser Zwangsrechte zeigt sich, wenn der Quasibesitz derselben nicht gegen bestimmte Einzelne, sondern gegen die Bewohner eines ganzen Bezirks geltend gemacht werden soll. Denn wenn auch dem und jenem Einwohner die Benutzung anderer Mühlen ꝛc. verboten worden ist, so kann das natürlich gegen diejenigen nicht von Wirkung seyn, welchen kein Verbot geschah, und so wird man in Verlegenheit kommen, welche Wirkungen man den verbotswidrigen Handlungen Einzelner in Beziehung auf Andere beilegen soll. Ueber alle diese Schwierigkeiten kömmt man hinweg, wenn man sich streng an die Gesetze hält, und bei Rechten dieser Art, welche ohnehin keine Begünstigung verdienen, weder sogenannten Quasibesitz noch possessorische Rechtsmittel gestattet, sondern lediglich petitorische zuläßt.

§. 39.

Den Zwangs- und Bannrechten sehr ähnlich sind die ausschließlichen Befugnisse zur Treibung gewisser Gewerbe in einem bestimmten Bezirk, und sie unterscheiden sich von jenen nur durch das passive Subject, welches bei den Zwangs-

Digitized by Google

rechten der Abnehmer, bei diesen aber der das nämliche Gewerb-Treibende ist, obwohl auch beide Arten verbunden sein können. Eine besonders häufige und wichtige Art solcher Begnisse sind Folge der Zunfteinrichtungen.

Man hat auch bei ihnen einen Quasibesitz und Rechtsmittel zu dessen Schutz annehmen wollen [1]), aber außer den Einwürfen, welche nach dem vorigen §. gegen die den Zwangsrechten beigelegten possessorischen Rechtsmittel ausgeführt wurden, steht hier noch das entgegen, daß diese Rechte nicht gegen sämmtliche Einwohner eines Bezirks, sondern immer nur gegen diejenigen gerichtet sind, welche das Gewerb treiben wollen.

Es ist daher kaum möglich, daß sich ein faktischer Besitzstand bilde, welcher gegen alle und jede Dritte zu behaupten wäre, da man darin einverstanden ist, daß die bloße alleinige Ausübung des Gewerbs ohne Verbot nichts wirke. Zudem möchte sich schwerlich dabei eine Beziehung auf Grund und Boden demonstriren lassen, welche doch der einzige haltbare Grund für die analoge Uebertragung der römischen Besitzlehre auf Institute des deutschen Rechtes ist [2]), und das ganze Rechtsverhältniß ist richtiger zu dem Obligationenrecht zu rechnen, in welchem vom Besitz keine Rede ist.

In der That ist mir weder in der Praxis noch in Schriftstellern ein Fall vorgekommen, wo wahrhaft possessorische Rechtsmittel auf Zunftzwang wären angewendet worden. Wohl hat man bei den Maaßregeln gegen Pfuscher ein sehr summarisches Verfahren angewendet, allein theils geschieht es auf dem Administrativweg und von der Administrativbehörde, theils hat man dabei doch nur das Recht selbst im Auge, und entscheidet nach den landesherrlich bestätigten Zunftbriefen, ohne welche wohl kaum jemals ein

1) Puchta von ger. Klagen §. 105. S. 274.
2) Savigny a. a. O. S. 613 fgg. (ed. 6.)

Digitized by Google

Zunftzwang ausgeübt werden wird. Es fehlt demnach auch an allem praktischen Bedürfniß eines possessorischen Rechtsmittels.

§. 40.

Noch weniger als beim Verbietungsrecht ist es statthaft oder Noth, bei dem bloßen Betrieb eines Gewerbes einen eignen Quasibesitz anzunehmen, wie Puchta[1]) thut. Ist es eine Staatsbehörde, welche dem Gewerbtreibenden Hindernisse in den Weg legt, so kann von possessorischen Rechtsmitteln, mag man sie taufen wie man will, gegen dieselbe nicht die Rede seyn. Ist es aber ein Privatmann, so wird es niemals an geeigneten Schutzmitteln gegen dessen Vorschritte fehlen. Dringt er z. B. in die Wohnung des Gewerbmannes, und nimmt ihm Handwerkszeug oder Fabrikat, so findet das interd. unde vi oder die sogenannte Spolienklage wegen den gewonnenen Sachen Statt, aber auf noch kürzerm Wege muß ja wohl auch die Polizeibehörde gegen solche und ähnliche Unbilden schützen, und den, welcher ein Widerspruchsrecht zu haben vermeint, auf den Rechtsweg weisen. Wozu also noch ein besonderes possessorisches Rechtsmittel für das persönliche Recht, für welches man auch nicht die entfernteste Analogie auffinden kann, welches also blos dem Reich der Willkühr anheim fällt?

§. 41.

Eine sehr häufige Klasse von dinglichen Rechten bilden die sogenannten Reallasten, welche für den Gegenstand dieser Abhandlung um so wichtiger sind, als in neuerer Zeit die Verweigerung der desfallsigen Leistungen häufiger als je werden, und deshalb die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Schutz der bloßen Ausübung Statt finde, öfterer zur Erörterung und Entscheidung kommt. Es liegt außer den Grenzen dieser Abhandlung, aus einander

1) a. a. O. S. 215.

Digitized by Google

zu setzen, welche einzelnen Rechte zu den Reallasten zu rechnen sind, welche nicht, worüber Dunker[1]) nachzusehen ist. Für unsern Zweck genügt der Begriff, daß es Leistungen sind, welche vom Besitzer einer unbeweglichen Sache, als solchem an einem Andern geschehen müssen, und die Bemerkung, daß Zehnden, Zinsen und Frohnden unbestritten zu diesen Gerechtsamen gezählt werden, auf welche wir dann hier vornämlich Rücksicht nehmen.

Daß von den Rechtslehrern bei diesen Rechten eine quasi possessio ohne alles Bedenken angenommen wird, kann nach den gewohnten Ansichten nicht befremden, und so werden denn auch alle possessorischen Rechtsmittel, das interd. uti possidetis und unde vi utile oder Statt des letztern wenigstens die Spolienklage für Platz greifend erklärt[2]). Roßhirt[3]) hält das interd. *uti possidetis* und die *actio spolii* letztere jedoch nur bei besondern eigenmächtigen Handlungen für zulässig, und den Quasibesitz für erworben, sobald die Leistung geschehen ist, dagegen für verloren, sobald der Verpflichtete die Leistung verweigert und der Berechtigte nicht nur still sitzt, sondern auch eine dem Rechte entgegenstehende Handlung geschehen läßt, was bei Reallasten, die in einem positiven Thun des Verpflichteten bestehen, gar nicht möglich ist. Savigny[4]) erkennt die Spolienklage für statthaft. Dunker[5]) erfordert zum Erwerb des Quasibesitzes einmalige Leistung in der Absicht eine Last des Gutes abzutragen, und deren Annahme als solche, zum Verlust be-

1) Die Lehre von den Reallasten. Marb. 1837 §. 14. fgg. §. 38. fgg.

2) Menoch rem ret. III. nr. 134. rem rec. poss. I. nr. 81. sqq. Perez ad cod. L. 8. Tit. 4. nr. 3. Tit. 6. nr. 12. Hommel obs. 422. Cannegieser dec. T. 1. d. 1. nr. 7. Eichhorn Privatr. §. 166. Mittermaier Privatr. §. 153 a. Maurenbrecher Privatr. §. 252. u. s. w.

3) a. a. O. S. 63. 65. 70. fgg.

4) a. a. O. S. 631.

5) a. a. O. §. 21. 22.

Digitized by Google

stimmte Verweigerung, und erkennt eine bloße Störung nur dann an, wenn die Leistung nicht ganz unterbleibt, sondern nur in dem Maas oder in der Art der Leistung eine Abweichung von der frühern Reichung geschieht. Das interdictum uti possidetis verwirft er zwar nach strengem Recht, will jedoch des Bedürfnisses wegen es in erweiterter Maaße zulassen, wenn Besitz und Störung in der angegebenen Art vorhanden sey. Dagegen soll im Fall der gänzlichen Verweigerung die Spolienklage eintreten, wobei es genügt, den einstmaligen Erwerb des Besitzes nachzuweisen, wenn er nur bei Rechten, die öfterer z. B. alle Jahr zur Ausübung kommen, nicht in einer zu entfernten Zeit geschehen sey, während bei andern seltener zu Ausübung kommenden auch größern Zwischenräumen berücksichtigt werden müßten.

In der wirklichen Rechtsanwendung sind mir in neuerer Zeit folgende Ansichten vorgekommen.

In mehrern Fällen, wo der angeblich Frohn- und Zinspflichtige die jährlichen Dienste bezüglich Erbzinsen bestimmt verweigert, und der Berechtigte 4 bis 5 Jahre nach der ersten Verweigerung auf Schutz im Quasibesitz geklagt, der Gegner unter andern die Einrede der Verjährung vorgeschützt hatte, erkannte

1) eine Behörde, die Klage sey verjährt, weil sie nicht innerhalb eines Jahres nach der ersten Verweigerung angestellt worden sey.

2) Eine andere Behörde schützte den Kläger im Besitz, indem die einjährige Verjährung bei dem interd. uti possidetis nicht Statt finde, wenn nur auf id quod pervenit geklagt werde, durch die Verweigerung der Dienste und Zinsen blieben diese beim Verpflichteten, folglich erlange er etwas, was eigentlich dem Berechtigten gehöre.

3) Ein anderes Gericht wieß die Klage ab, weil wohl die erste Verweigerung nur als eine bloße Störung, der Quasibesitz aber für verloren zu achten sey, sobald der Be-

Digitized by Google

rechtigte nach der Weigerung nicht geklagt habe, und nun in dem zweiten Jahre die Leistungen wider verweigert worden seyen.

4) Ein viertes Erkenntniß sprach aus, daß die Klage schon als Spolienklage zu erhalten, daß aber auch der Besitz noch gar nicht verloren sey, denn bei Reallasten könnte durch bloße Verweigerung der Quasibesitz gar nicht verloren gehen, weil es bei ihnen sonst gar keine remedia retinendae possessionis geben könne, und weil er in einer Thätigkeit von beiden Seiten, d. h. der Anforderung der Dienste u. s. w. von der einen, und deren Leistung von der andern Seite bestehe, und deshalb nicht durch alleiniges Aufhören des zweiten Bestandtheils aufgehoben werde, sondern auch das Aufhören des ersten Theils, nämlich der Anforderung hinzukommen, d. h. der Berechtige die Leistung nicht mehr gefordert, sich bei der Weigerung beruhigt haben müsse, was in dem vorliegenden Falle nicht geschehen sey.

5) Diesem Erkenntniß schloß sich ein anderes nahe an, welches den Besitz für fortbestehend erklärte, weil im Realrecht nicht blos die Befugniß, die Leistung zu empfangen, sondern auch die Befugniß sie zu fordern liege, daher der Besitz noch fortdauere, so lange die Möglichkeit, die Leistung zu fordern, noch fortbestehe, und von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht werde, wenn auch der andere Bestandtheil — die Möglichkeit sie zu empfangen — durch die Weigerung aufgehoben sey.

6) Wieder eine andere Behörde erklärte den Quasibesitz für aufgehoben, weil der Berechtigte sich vier Jahre lang die Weigerung hätte gefallen lassen, ohne zu klagen, sich also dabei beruhigt habe, außergerichtliches Anfordern nicht genüge; das interdictum unde vi aber sey eben so unstatthaft als die Spolienklage, da diese wenigstens ein unrechtmäßiges Verhalten kein bloßes Nichtthun voraussetze.

Digitized by Google

7) Endlich erklärte eine Behörde den Besitz für erhalten, weil nach erfolgter Weigerung theils vor der Verwaltungsbehörde theils vor dem Gericht selbst fortwährend Güteverhandlungen Statt gefunden hätten, mithin der Berechtigte nicht nur durch die in diesen Verhandlungen enthaltene Protestation, sondern auch durch eine wahrhaft gerichtliche Procedur den Besitzstand aufrecht zu erhalten bemüht gewesen sey.

§. 42.

Fragt man nun zuvörderst nach der gesetzlichen Begründung dieser verschiedenen Meinungen, so wird man auf einige Stellen des canonischen Rechts und der Reichsgesetze verwiesen. Die erste Stelle, das cap. 9. X. de rest. spol. hat es gar nicht mit dem Schutz in der Beziehung jährlicher Zinsen zu thun, welche gar nicht verweigert worden waren, sondern diese Zinserhebung wird nur als ein Beweis betrachtet, daß das dazu berechtigte Capitel die Kirche, um welche es sich handelte, durch einen Stellvertreter, nämlich den zu den Zinsen Verpflichteten, besessen habe. Das, was eigentlich in dem vorliegenden Fall dem Capital entzogen worden war, bestand in Getraide und beweglichen Gegenständen, die der Erzbischoff von York aus der Kirche hatte wegbringen lassen, und nach der Entscheidung Alexanders des Dritten wieder restituiren sollte, mithin stand eine possessio corporis nicht juris in Frage.

Das c. 19. X. eod. spricht zwar von einer possessio pensionum et affictuum, allein keineswegs in Beziehung auf den Verpflichteten, sondern auf einen Dritten (die Pisaner) der die an sich nicht bestrittenen Leistungen auch gar nicht in Anspruch nahm, sondern nur die castra, in welchen sie erhoben wurden, inne hatte, dadurch den Berechtigten (den Luccanern) an der Erhebung hindern konnte, und deshalb vom Gregor IX. für schuldig erachtet wurde, die castra zu räumen, obschon keineswegs vorlag, daß der Gegner die

Digitized by Google

castra beim Anfang der Irrungen innegehabt habe. Nicht ohne Grund meint Cujacius[1]) und Ziegler[2]), daß hier ein casus pro amico mit untergelaufen sey, denn die Luccaner waren Welfen, die Pisaner Gibellinen, und der Entscheidungsgrund ist doch zu ungereimt. Wie dem aber auch sey, von einem possessorischen Rechtsmittel in Ansehung der jährlichen Leistungen ist hier überall nicht die Rede.

Das c. 2. de rest. spol. VI. hat ebenfalls keinen Besitzstreit zwischen Berechtigten und Verpflichteten zum Gegenstand, sondern zwischen zweien, die beide ein Recht auf Bezug desselben Zehnten ansprechen. Streng juristisch genommen, ist nicht recht abzusehen, wie man durch einen Dritten eines solchen Rechts factisch entsetzt werden könne. Denn gesetzt, er erhebe von dem Zehntpflichtigen den Zehnten, so kann das den letztern nicht befreien, und den eigentlich Berechtigten nicht hindern, den Zehnten demungeachtet auch für sich zu erheben. Man müßte sich den Fall etwa so denken, daß der Berechtigte den Zehnten schon eingesammelt, und der Dritte nun die Früchte an sich genommen hätte, oder daß der Dritte dem Berechtigten die Einhebung des Zehnten in einer ähnlichen Weise unmöglich gemacht hätte, wie sie in dem Falle des vorhin erwähnten c. 19. X. eod. befürchtet wurde. Im ersten Fall läge aber eine possessio corporis nicht juris, und im zweiten wenigstens kein bloßes Nichtthun, sondern ein rechtswidriges positives Thun vor, folglich wäre immer die Frage wesentlich von der verschieden, mit welcher wird uns hier beschäftigen.

Das c. 6. X. de praescr. (2, 25.) und c. 31. in f. de decimis (3, 30.) endlich brauchen den Ausdruck „decimas possidere“ wie solcher auch im römischen Recht in Beziehung auf Servituten mehrmals vorkömmt, ohne jedoch ein Wort von Erwerb, Verlust und Schutz desselben zu erwähnen.

1) recit. ad c. 19. cit.

2) ad L. II. T. 13. decret. c. 19.

Digitized by Google

In dem Reichsabschied von 1548 §. 59. heißt es:

„Hätte aber der Ausgezogen, ob er gleich in des Reichs-Anschlägen begriffen, dem Reich weder vor noch hernach nie nichts geleistet, derselbig soll dem Gewinnenden, sonder alle Beschwerde zustehen, dieweil solcher Gewinnender mehrers oder weiters nicht, denn was er zuvor gehabt, bekommen und erhalten. Doch mit dem Anhang, wo sich befünde, daß ein ausgezogener Stand innerhalb Menschengedenken eins, zwei oder mehrmal dem heil. Reich gesteuert, und also das Reich in quasi possessione wäre, der soll nochmals ungeweigert steuern."

Ferner im §. 62.

„würde sich aber mitler Zeit rechtlicher Erörterung abgemelts Punkts einige Hülfe im h. Reich zutragen, haben Wir uns mit Churfürsten und gemeinen Ständen ꝛc. verglichen, daß in diesem Fall die Anschläg durch diejenigen, so bisher in des Reichs Anschlägen begriffen, welche auch dieselben wirklich geleistet, deren das Reich im Innhaben und Posseß wäre, selbst ungeweigert entrichtet und geleistet werden sollen."

Ferner §. 63.

„Aber die Ausgezogenen, so hiebevor einige Anlage nicht erlegt hätten und also in possessione vel quasi libertatis wären, dieselbigen sollen bis zu endlichen Austrag der Sachen dabei gelassen werden."

endlich §. 64.

„Wo aber innerhalb Menschengedenken der ausgezogene Stand dem Reich ein, zwei oder mehr gesteuert hätte, so soll solcher Stand, mitlerzeit rechtlicher Erörterung der Sachen, der Steuer mit befreit, sondern dieselbige zu reichen schuldig seyn."

Die §§. 101. 102. und 103. des Reichsabschieds von 1576 sind fast wörtliche Wiederholungen der §§. 59. 62. 63. des Reichsabschiedes von 1548.

Digitized by Google

Wenn nun auch die Steuern als eine Art Reallasten zu betrachten sind [1]), so ist doch nicht zu verkennen, daß bei ihnen das öffentliche Wohl sehr in Betracht kömmt, und manche Abweichung von den sonst geltenden Regeln nothwendig macht, deren unbedingte Ausdehnung auf privatrechtliche Verhältnisse sich nicht rechtfertigen läßt. Schon darum scheint es mißlich, obige Bestimmungen in Ansehung der Reichssteuer auf Zinsen und Frohnen anzuwenden. Es würde daraus auch der Widerspruch entstehen, daß ein Frohnherr noch im Besitz geschützt werden müßte, während sein Recht selbst durch Verjährung längst aufgehoben wäre, die doch auch einen dem Recht widersprechenden factischen Zustand erfordert. Denn mag man nun mit Böhmer [2]) und andere Juristen die zehn- und zwanzigjährige oder mit Eichhorn [3]) und Duncker [4]) die dreißigjährige Verjährung für statthaft halten, immer ist der Zeitraum kürzer, als das „Menschengedenken," binnen welchem eine Steuerzahlung nach den Reichsabschieden nur geschehen zu seyn braucht, um dem Steuerberechtigten ein Recht zur Forterhebung zu geben. Es kömmt aber noch folgender Umstand hinzu. Das Reich, indem es Reichssteuer forderte, hatte die Reichsanschläge für sich, in welchen bestimmt war, was jeder Reichsangehörige an Steuern zu zahlen hatte. Sein Anspruch war also an sich schon liquid, und es bedurfte gar keines Berufens auf den Quasibesitz, vielmehr erscheint es als eine besondere Begünstigung, daß die Reichssteuer einstweilen von denjenigen nicht beigetrieben werden sollte, die niemals („weder vor noch hernach") oder wenigstens nicht in Menschengedenken Steuern bezahlt hatten. Wollte man also ja obige

1) Duncker a. a. O. §. 39.
2) J. E. P. L. II. T. 26. §. 4.
3) Privatr. §. 167.
4) a. a. O. §. 33.

Digitized by Google

Bestimmung der Reichsabschiede auf privatrechtliche Reallasten analog anwenden, so würde sich das doch nur da rechtfertigen lassen, wo die Verpflichtung einer gewissen Klasse von Personen zu denselben schon in einem allgemeinen Gesetze (jus commune im Sinne des c. 2. X. de rest. spol.) begründet ist, was denn bekanntlich in Ansehung der Kirchengehenten in manchen Ländern durchgesetzt worden, aber immer doch der seltenere Fall ist.

Einige andere Stellen finden sich im Instr. pac. Osn. art. 5. wo §. 46. folgende Worte vorkommen:

Illi vero reditus, census, decimae, pensiones, quae vigore Pacis Religionis statibus August. confessionis . . . e Catholicorum provinciis debentur, quorumque in possessione vel quasi percipiendi anno 1624 die 1. Januar. fuerunt, absque ulla exceptione solvantur.

So wird denn auch in §. 47. eine

„possessio perceptionis vel quasi redituum" und eine „possessio pel quasi juris decimandi" erwähnt.

Aber woraus Erwerb, Fortdauer und Verlust des Quasibesitzes zu erkennen, unter welchen Voraussetzungen die bloße Ausübung geschützt werden solle, das ist nirgends gesagt. Ich frage aber nur, ob man es wohl für wahrscheinlich halten kann, daß die Paciscenten um einen Quasibesitz im Bezug der Zinsen, Zehnden im Normaljahr 1624 anzunehmen, es für genügend angesehen haben, wenn etwa 1595 die Leistung zum letztenmale geschehen, dann aber, obschon vom Berechtigten immer gefordert, verweigert worden wäre?

Aus alle dem legt sich zu Tage, daß man von wirklichen gesetzlichen Bestimmungen über den possessorischen Schutz der Reallasten gänzlich verlassen, und lediglich auf Analogien verwiesen ist.

Denkt man nun dabei zunächst an das interdictum uti possidetis, so fällt in die Augen, daß alle die Zweifel gegen die Paßlichkeit desselben, die oben §. 4. in Ansehung seiner

Digitized by Google

Ausdehnung auf die servitutes in patiendo vorgetragen wurden, noch viel stärker bei den sogenannten servitutibus in faciendo hervortreten. Wird der Besitz fortgesetzt durch die ununterbrochene Möglichkeit, die Thatsache, in welcher das in Frage stehende Recht sich äußert, zu reproduciren [1]), so leuchtet ein, daß bei den Reallasten genau genommen, von Seiten des Berechtigten zur Fortsetzung des Besitzes gar nichts geschehen kann, weil die Thatsache, die hier in Frage steht, hauptsächlich doch nur von dem Verpflichteten hervorgebracht werden kann. Gilt bei Rechten der Satz usus est pro possessione [2]), so kann im Fall des Nichtgebrauchs, also bei den Reallasten im Fall der Nichtleistung unmöglich eine Fortdauer des Besitzes angenommen werden, denn das wäre ein offenbarer Widerspruch.

Daß eine bestimmte Verweigerung der Leistung erst den Quasibesitz aufhebe, steht ohne allen Beweis da, und wird durch keine Analogie unterstützt. Bei den Wege- und Wassergerechtigkeiten reicht es, um die Interdicte auszuschließen, vollkommen hin, daß in der gesetzlichen Zeit die Handlung, die den Gegenstand der Servitut ausmacht, eben nicht geschehen ist, und es wird keineswegs erfordert, daß der angeblich Verpflichtete dem angeblich Berechtigten die Ausübung verwehrt habe. Warum soll denn nun bei Rechten, deren Quasibesitz sich von der vera possessio noch weit mehr entfernt als jene Servituten, eine solche Verweigerung nothwendig seyn?

Noch weit auffallender ist aber die Meinung, die den oben unter 4 und 5 erwähnten Erkenntnissen zum Grunde gelegt ist, daß nämlich selbst die bestimmte Verweigerung noch nicht genüge, um den Besitz aufzuheben, sondern daß der Berechtigte sich dabei gänzlich beruhigt, d. h. die Leistung

1) Savigny a. a. O. S. 577. 585.
2) Rosshirt a. a. O. S. 31.

Digitized by Google

auch nicht einmal mehr angefordert haben müsse. Die dafür angeführten Gründe sind in der That sehr schwach. Der erste, das es sonst für die Reallasten keine remedia retinendae possessionis geben könne, erledigt sich sofort durch die Frage, ob es denn solche Rechtmittel bei Reallasten durchaus geben müsse, eine Frage, für deren Bejahung sich gar nichts anführen läßt. Der zweite Grund, daß der Quasibesitz aus zwei Bestandtheilen, dem Fordern und dem Leisten, bestehe, und daß daher beide weggefallen seyn müßten, wenn der Quasibesitz aufgehoben seyn solle, erinnert an das utrumque in L. 153. d. R. J., welches den Juristen so viele Noth gemacht hat [1]). So wie aber die Logik lehrt, daß der Mangel eines einzigen wesentlichen Erfordernisses zum Daseyn einer Sache, deren Daseyn eben unmöglich macht, so enthalten auch die Gesetze zahlreiche Anwendungen, daß die possessio corporis, zu welcher bekanntlich animus und factum gehört, aufhöre, sobald das eine oder das andere nicht mehr da ist, und meines Wissens sind alle Rechtslehrer darin einverstanden, daß das „utrumque" in L. 153. soviel wie alterutrum sagen, oder wenigstens nicht gerade „beides" bedeuten soll [2]). Diese Meinung würde auch zu wunderlichen Folgerungen führen. Ohne allen Zweifel ist mit jedem Recht auch die Befugniß verbunden, dessen Anerkennung von Andern zu fordern, also auch mit den Weg- und Wassergerechtigkeiten, mit dem Nießbrauch, mit dem usus, der superficies und emphyteusis ja mit dem Eigenthum selbst. Es könnte demnach der Quasibesitz jener Rechte, ja die possessio corporis selbst durch bloßes factum gar nicht mehr aufgehoben werden. Möchte der Eigenthümer des dienenden Grundstücks, des Grund und Bodens, immerhin dem zum Ueberfahren Berech-

1) Savigny a. a. O. S. 385 fgg.

2) Savigny a. a. O.

tigten, dem Nutznießer, dem Superficiar das Betreten des Grundstücks verwehren, der Detentor den Eigenthümer von dem Grundstück ganz ausschließen, der Berechtigte bezüglich Eigenthümer behielte doch immer den Besitz fort, wenn er nur vom Gegner — obschon erfolglos — fordert, daß er ihn doch seine Fahrgerechtigkeit, seinen Nießbrauch ausüben, die superficies, oder Grund und Boden betreten und benutzen lasse.

Ja nach der Meinung unter 5., wollte man sich streng an die Worte hängen, würde nicht einmal das wirkliche Fordern nothwendig seyn. Denn wenn schon die Möglichkeit zu den fordern Besitz, erhält, so müßte es genug seyn, wenn der Berechtigte nur seinen Besitz nicht selbst aufgiebt, weil es schlechthin nicht im Bereich menschlicher Kräfte liegt, dem Berechtigten das Fordern unmöglich zu machen, so lange er noch lebt. Nur erst der Tod würde demnach den Besitz aufheben, weil Todte eben nicht mehr fordern können!

Nun legen aber bekanntlich die Gesetze dem bloßen Fordern bei den vorhin erwähnten Rechten die Wirkung der Besitzerhaltung nicht bei, geschweige denn der bloßen Möglichkeit zu fordern. Wie kann daher bei den Reallasten eine solche Annahme gerechtfertigt werden, ohne mit aller gesetzlichen Analogie in Widerstreit zu kommen?

Die Annahme, daß die bloße Nichtleistung den Quasibesitz nicht aufhebe, führt aber auch zu Widersprüchen. Nach der Meinung ihrer Vertheidiger findet nämlich bei Reallasten Adquisitiverjährung statt, und zwar nach einigen die praescr. longi temporis nach andern nur unvordenkliche Verjährung [1]). Ist nun gleich der Interdictenbesitz als solcher nicht unbedingt zur Verjährung hinreichend, so liegt doch der Unterschied bekanntlich nicht in dem Thatsächlichen der Besitzhandlungen, sondern im justus titulus in der bona fides und in einem ge-

1) Duncker a. a. O. §. 28. 29.

Digitized by Google

wissen Zeitverlauf. Nun sind alle darin einverstanden, daß zur Verjährung eine einzige Handlung nicht genüge, sondern eine Wiederholung derselben die Verjährungszeit hindurch nothwendig sey [1]). Es wäre auch gar zu gefährlich, wenn z. B. das Zinsrecht erworben seyn sollte, sobald Einer ein einziges Mal den Zins entrichtet, aber sodann ohne ausdrückliche Weigerung die Entrichtung dreißig und mehr Jahre hintereinander unterlassen hätte. Meines Wissens hat noch kein Jurist so etwas behauptet, und wenn auch manche die Fortdauer des Quasibesitzes in der Zwischenzeit vermuthen, sobald dessen Daseyn nur beim Anfang und beim Ende der Verjährungszeit bewiesen ist, so erkennen sie doch eine Unterbrechung an, wenn gegenbeweislich eine Nichtausübung in der Zwischenzeit dargethan wird [2]).

Nun ist es aber ein offenbarer Widerspruch, wenn bei einer nur einmaligen Leistung und darauf folgender Unterlassung nach Verlauf von langen Jahren, in Beziehung auf possessorische Rechtsmittel Quasibesitz angenommen, in Beziehung auf Verjährung aber der Quasibesitz geleugnet werden wollte, und das müßten doch ohne Zweifel diejenigen thun, welche den Besitz fortdauern lassen, so lange noch keine Weigerung erfolgt ist.

Noch greller tritt aber die Unvereinbarkeit der erwähnten Lehre mit den Grundsätzen der erlöschenden Verjährung hervor. Wendet man nämlich die Regeln der Servitutenverjährung an, so erlöscht das Recht durch Nichtgebrauch von 10 bezüglich 20 Jahren, außerdem aber wenigstens in 30 Jahren, vermöge der allgemeinen Klagenverjährung. Nun kann man ebensowenig leugnen, daß eine so lange Nichtleistung ein non usus, als daß die confessoria utilis nata sey, sobald der Verpflichtete mit einer Leistung zurückbleibt, auch

1) Rave de praeser. §. 78. Kori Verj. §. 31. Duncker a. a. O.
2) Kori a. a. O.

Digitized by Google

wenn er dieselbe nicht gerade und ausdrücklich verweigert[1]). Man wird also gezwungen neben einander zu sagen,

daß der Berechtigte zwar im Besitz (also im Gebrauch Seite 148. Not. 2.) der Reallast sey, aber sie dennoch wegen Nichtgebrauch oder Nichtanstellung der durch die Nichtleistung begründeten Klage verliere.

Wer vermag aber zu leugnen, daß das ein Widerspruch ist?

Alles das gilt auch von der Meinung, nach welcher nicht einmal die Weigerung allein zum Verlust des Quasibesitzes genügen, sondern derselbe durch bloßes, obschon erfolgloses Anfordern erhalten werden soll.

Nicht minder ungegründet ist die oben unter 3. erwähnte Meinung. Ist nämlich die erste Nichtleistung oder Verweigerung nur eine bloße Störung, keine Aufhebung des Quasibesitzes, so kann auch die Wiederholung der nämlichen Handlung oder Nichthandlung nichts anderes seyn, denn es ist schlechterdings nicht abzusehen, wie dieselbe Handlung als etwas so wesentlich Verschiedenes betrachtet werden könne, je nachdem sie zum ersten oder zweiten Male geschieht.

Das unter 1. erwähnte Erkenntniß setzt die Zulässigkeit des interd. uti possidetis als entschieden voraus, übersieht aber die eigentliche Bedeutung der Verjährung bei jenem Interdict und die wesentliche Verschiedenheit des Falles, auf den die Anwendung der Verjährung hier gemacht wird. Bei dem Interdict wirkt die Verjährung nur, daß wegen des in Frage stehenden facti turbationis nach Verlauf eines Jahres kein Schadensersatz mehr verlangt werden kann. Der Besitz selbst wird dadurch nicht aufgehoben, weil ja eben nur eine Störung vorausgesetzt ist, und kein Gesetz

1) Duncker a. a. O. S. 158. Es gibt freilich manche Juristen, die auch zu der Verjährung eine Weigerung verlangen. Wernher P. I. obs. 76. Rave de praescr. §. 122. Unterholzner a. a. O. §. 271. u. a.

Digitized by Google

jene Folge damit verknüpft; vielmehr heißt es in L. 1. pr. uti poss. ganz bestimmt

neque *pluris quam quanti res erit*, intra annum agere permittam,

was ohne Zweifel eben nur die Schadensersatzforderung andeutet. Wenn also nach Ablauf des Jahres eine neue Störung vorfällt, so ist der Besitzer — denn das bleibt ja der blos gestörte immer noch — befugt, deswegen von Neuem auf Schadensersatz und auf Schutz im Besitz anzutragen, mithin verjährt sein Recht auf diesen Schutz im Grunde genommen niemals [1]).

Ganz anders ist es aber in dem Fall der verweigerten Reallasten. Hier kann zwar auch von einem Schadensersatz die Rede seyn, nämlich in Ansehung der in die Vergangenheit fallenden nicht erfolgten Leistungen, mag nun deren Nachleistung oder Ersatz des Werthes verlangt werden, und in dieser Beziehung könnte allerdings auch von einer Verjährung des interd. uti possidetis die Rede seyn, so nämlich, daß man nach einem Jahre von Zeit der fällig gewordenen aber verweigerten Leistung weder die Nachleistung noch Entschädigung fordern könnte, nämlich mit der Besitzklage, denn die Nachforderung mit der actio confessoria würde natürlich in keinem Fall durch jene kurze Verjährung ausgeschlossen.

Allein damit wäre noch nicht gesagt, daß auch wegen der fernern Verweigerung der Leistungen, die sich als neue Störungen darstellen, die Klage ausgeschlossen, und der Antrag auf Schutz bei der Ausübung nicht mehr zulässig sey, vielmehr müste man ceteris paribus behaupten, daß die Befugniß dazu mit jeder neuen Verweigerung wieder von Neuem entstehe, man käme daher darauf zurück, daß diese Klage ganz unverjährbar, der Quasibesitz dieser Rechte nur durch freiwilliges Aufgeben des Quasibesitzers verlierbar sey. (s. §. 5.)

1) Albert das interd. uti poss. §. 167.

Digitized by Google

Das Erkenntniß unter 6. geht nicht von der Verjährung aus, sondern sieht den Quasibesitz als aufgehoben an, auf dem Grund eines vierjährigen Unterlassens der Klaganstellung und daraus zu folgernder Beruhigung. Dabei fragt sich aber wieder, ob gerade ein vierjähriges Stillsitzen erfordert wird, oder auch eine kürzere Zeit und welche hinreichend ist, und will man darauf eine Antwort finden, so kömmt man entweder wieder auf die einjährige Verjährung zurück, oder man geräth — was noch schlimmer ist — in das Reich der Willkühr (s. oben §. 34.). Das erwähnte Erkenntniß hat sich darüber gar nicht weiter ausgesprochen.

Die unter 2. erwähnte Entscheidung setzt ebenfalls die Zulässigkeit des interd. uti possidetis als entschieden voraus, und will nur der Einrede der einjährigen Verjährung begegnen, aber der angeführte Grund schlägt nicht durch, denn das id quod pervenit in L. 4. de interd. bedeutet offenbar blos Gegenstände, die der Störende bei Gelegenheit der Störung aus dem Gewahrsam des Gestörten sich aneignete, kann daher nicht auf Leistungen bezogen werden, die einer bloß unterläßt.

Die Meinung Dunckers, daß das interdictum uti possidetis bei Verweigerung der Leistung in der frühern Größe und Art Statt finde, hat auf den ersten Anblick etwas für sich, wenn überhaupt nur die possessio corporis und die Leistung von Diensten ꝛc. nicht gar zu verschiedenartig wäre. Aber alles, was sich gegen die Anwendung des gedachten Interdicts auf gänzliche Nichtleistung sagen läßt, findet auch bei theilweiser Nichtleistung Anwendung. Denn auch hier kann auf die Frage, wie lange die verminderte Leistung dauern könne, ehe der Quasibesitz des Rechts in seiner vollen Ausdehnug als aufgehoben zu betrachten sey, nur reine Willkühr eine bestimmte Antwort geben, und wenn Duncker[1])

1) a. a. O. S. 108.

Digitized by Google

ſagt, daß beim Zehnten der Richter aus dem bewieſenen Erwerb des Beſitzes, auf deſſen Fortdauer nur dann ſchließen könne, wenn der Erwerb nicht in einer zu entfernten Zeit geſchehen ſey, während bei Baudienſten größere Zwiſchenräume berückſichtigt werden müſſen, ſo kömmt man damit auch nicht weiter, denn wann iſt denn eine Zeit zu entfernt, und wo hört die Nothwendigkeit, größere Zwiſchenräume zu berückſichtigen, auf?

Und ſo geräth man denn auch bei der erwerbenden und erlöſchenden Verjährung, die doch auch in Anſehung einer bloßen Modification der Reallaſten eintreten kann, in die nemlichen Widerſprüche, welche vorhin erwähnt wurden.

Was dagegen die remedia recuperandae possessionis betrifft, ſo bedarf das interdictum unde vi keiner nähern Beleuchtung, da unter den neuern Juriſten meines Wiſſens keiner mehr daſſelbe vertheidigt, indem ſie die Unmöglichkeit einer dejectio bei Reallaſten anerkennen. Derſelbe, oder wenigſtens ein ähnlicher Grund ſpricht aber auch gegen die Zuläſſigkeit der Spolienklage, abgeſehen davon, daß es an deren geſetzlichen Begründung wie oben gezeigt worden iſt, ganz und gar gebricht. Denn ſo wenig eine dejectio bei Reallaſten denkbar iſt, ebenſowenig iſt es ein spolium, wenn man nicht — woraus man ſich freilich kein Gewiſſen zu machen ſcheint — auf die wahre Bedeutung des Worts und den Sprachgebrauch gar keine Rückſicht nehmen will. Gehört auch dazu gerade keine Gewalt, ſo bezeichnet doch spoliare immer und allenthalben ſelbſt da, wo es als etwas Erlaubtes oder aus Zuneigung Geſchehenes vorkommt, wie in L. f. in fin. C. de jur. omn. jud. (3, 13.) und L. 1., 31. §. 7. de don. int. vir. et ux. (24, 1.) irgend eine Thätigkeit von Seiten des Spoliirenden, und niemals wird es von einem rein paſſiven Verhalten, einem abſoluten Nichtthun gebraucht.

Auch das canoniſche Recht, wo es den Ausdruck spoliare

Digitized by Google

wirklich braucht[1]), hat es niemals mit Fällen zu thun, wo eine Handlung blos verweigert worden wäre. Man lese alle Capitel in den Decretalen Gregors und im Liber sextus unter dem Titel de restit. spoliatorum, und man wird keines finden, wo nicht das spoliare in einem positiven Thun bestanden hätte. Selbst in dem berühmten canon redintegranda etc. ist nur von „rebus deperditis" die Rede. Auch das cap. 19. X. de rest. spol. und c. 2. eod. VI. auf welche man sich hauptsächlich beruft, enthalten, wie oben schon bemerkt ist, keine Fälle der Verweigerung von Seiten des Verpflichteten, sondern solche, wo ein Dritter, die einem Andern bisher geschehenen Leistungen diesem entzogen hatte, was denn nur durch positive Handlung möglich war.

Beiläufig bemerke ich noch, daß Duncker[2]) die Spolienklage in einem Jahre verjähren zu lassen scheint, was weder eine gesetzliche Bestimmung für sich hat, noch auch consequent ist. Denn wenn man einmal eine Besitzentsetzung und eine Wiedereinsetzung bei Reallasten als möglich annimmt, so muß man nach Analogie des interdicti unde vi, welches doch der Spolienklage zu Grunde liegen soll, nur dreißigjährige Verjährung zulassen, denn alsdann wäre ja die Ausübung des Rechts allerdings das, was entzogen und wodurch der Gegner bereichert worden ist und was restituirt werden soll, mithin müßte da die Vorschrift der L. 1. pr. de vi eintreten: post annum de eo, quod ad eum, qui vi dejecit, pervenit, judicium dabo.

---

1) Denn man beruft sich zum Beweis der weiten Ausdehnung des Begriffs von spolium auf viele Stellen, in welchen das Wort spoliare (spolium als Handlung habe ich nirgends gefunden) gar nicht vorkommt z. B. c. 3. X. de causa poss. propriet. c. 8. 10. de rest. spol. (2, 13.) c. 6. X. de sepulturis (3, 28.)

2) a. a. O. S. 116. Versäumt er . . . . das ihm zustehende Rechtsmittel auf Wiedererlangung desselben (des Besitzes) innerhalb der gesetzlichen Zeit eines Jahres zu gebrauchen, u. s. w.

Digitized by Google

§. 43.

Wenn ich nun nach obiger Ausführung die bisherigen Theorien für unhaltbar erkläre, so wird man wie billig die Frage an mich richten, was ich an deren Stelle setzen, welche possessorischen Rechtsmittel ich somit stattfinden lassen wolle.

Ich antworte darauf: gar keine, weil es an wirklich passenden Analogien gänzlich gebricht, und weil aus den oben §. 14. herausgesetzten, auch auf die Reallasten durchaus anwendbaren Gründen dergleichen Rechtsmittel gar kein wahres praktisches Bedürfniß sind.

Man sollte doch endlich den Muth fassen, sich aus den Fesseln bodenloser Traditionen und einer schwankenden Praxis loszureißen, welche auf keine gesetzlichen Gründe fußet, zu einer grenzenlosen Willkühr — dem heillosesten Uebel in der Rechtsanwendung — und, zu den auffallendsten Ergebnissen führt, denen man nur durch Inconsequenz ausweichen kann.

Soll und muß aber ein possessorisches Rechtsmittel um jeden Preiß geschafft werden, so bleibt auch hier nichts übrig, als die Analogie der, für die Wege- und Wassergerechtigkeiten gegebenen Interdicte [1]).

Dies hat bei den Gattungen des Zehnten am wenigsten Bedenken, welche der Zehntberechtigte selbst einsammelt, denn hier ist der Berechtigte selbst thätig, und es ist kein wesentlicher Unterschied, ob Einer auf des Andern Felde die zehnte Garbe sich zueignen, oder Bucheckern auflesen, Holz fällen darf u. s. w., wenn ich auch gleich nicht mit Unterholzner [2]) die Zehnten unbedingt als eine Art des Nießbrauchs ansehen möchte.

Allein auch die sogenannten Bringzehnten, und die übrigen Reallasten, welche in positiven Handlungen des Verpflichteten bestehen, haben wegen der Unterbrochenheit

1) Das urtheilte auch Donellus s. S. 292. Not. 1.

2) Verjähr. Th. 2. §. 236.

Digitized by Google

der Ausübung doch immer noch mehr Aehnlichkeit mit den Weg- und Wassergerechtigkeiten als mit den Rechten, deren Ausübung eine possessio corporis voraussetzt. Hiernach wird denn der, welcher bei dem Genuß des Rechtes geschützt seyn will, ohne Unterschied zwischen bloßer Nichtleistung und bestimmter Verweigerung, zwischen gänzlicher und theilweiser Nichterfüllung, Klage erheben müssen, ehe die in §. 17. 18. erwähnten Zeiten abgelaufen sind. Die kürzeste Verjährungszeit ist demnach ein Jahr. Wem innerhalb eines Jahres rückwärts von Zeit der Klage an gerechnet die Leistungen geschehen sind, der kann unbedingt fernern Schutz dabei verlangen, wären auch zwischen der letzten Leistung und der Klage, mehrere Leistungen fällig geworden, was bei Frohnen leicht vorkommen kann.

Bei Leistungen dagegen, die alle Jahre nur einmal an einem bestimmten Tage oder in einem sonst bestimmten Zeitraum geschehen müssen, ist die Besitzklage ausgeschlossen, sobald nach der letzten Leistung die zweite Leistungszeit erschienen ist, so wie nach L. 1. §. 34. de aqua quod. (s. oben §. 17.) des interd. de aqua aestiva angestellt werden muß, ehe der zweite Sommer nach dem Sommer beginnt, in welchem die Wasserleitung zuletzt ausgeübt wurde. Wer also 1840 einen Waizenzehnten erhoben, am Martinstag Zinsgänse erhalten hat, muß, wenn die Zehnt- und Zinspflichtigen 1841 mit ihren Leistungen zurückbleiben, vor der Waizenerndte und vor dem 11. November des Jahres 1842 Klage erheben.

Ist für jährliche Leistungen gar keine Zahlungszeit bestimmt, so wird bekanntlich der letzte Augenblick des Jahres als derjenige betrachtet, wo die Leistung geschehen muß[1]). Wer also 1840 noch einen solchen Zins erhielt, wenn auch im Anfang oder in der Mitte desselben, kömmt noch zur

1) L. 42. de V. O. (45, 1.)

Digitized by Google

rechten Zeit, wenn er am letzten Tage des Jahres 1842 die Klage einreicht.

Noch ist aber der Fall zu erwähnen, wenn die letzte Leistung geraume Zeit nach der eigentlichen Verfallzeit geschehen ist, und es fragt sich, wie da die Rechnung zu stellen ist. Man denke sich, daß der Zinsmann den zu Martinstag 1840 fällig gewordenen Zins erst im December des Jahres 1841 entrichtet und nun mit den fernern Leistungen zurück bleibt. Hier verläßt uns die Analogie des interdicti de aqua, weil man einen aquae ductus aestivus nicht nachholen kann. Ich halte es aber dennoch für richtiger, daß man erst von der Zeit der wirklichen Leistung zu zählen anfängt, denn diese ist und bleibt doch immer einerseits eine Anerkennung, andrerseits eine Ausübung des Rechts, wenn sie auch früher hätte geschehen sollen, und daher wird in jenem Falle der Zinsberechtigte mit der Besitzklage nicht zurückzuweisen seyn, wenn er sie nur vor dem 11. November 1843 übergiebt.

Nun giebt es aber auch Reallasten, die gar nicht in bestimmten Zeiträumen, sondern nur bei gewissen Gelegenheiten zu leisten sind, z. B. Baufrohnen. Hier muß man nun annehmen, daß nicht mehr Schutz der Ausübung angesprochen werden darf, sobald nach der letzten Leistung, die zweite Gelegenheit erschienen ist, sey es nun, daß der Frohnberechtigte bei der ersten Gelegenheit den Frohnpflichtigen gar nicht oder ohne Erfolg aufgefordert hat.

Aehnliches kann bei gewissen Arten von Zehnten, z. B. den Blutzehnten vorkommen, desgleichen beim Besthaupt, soweit es zu den Reallasten zu rechnen ist[1]).

Daß bei diesen Rechten auch das possessorium summariissimum Platz greife, ist nicht zu bezweifeln. Denn obgleich bei demselben (etwa mit Ausnahme der Hohlzehnten) Thätlichkeiten nicht wohl vorkommen können, so ist doch die

1) Vergl. Duncker a. a. O. §. 55.

Digitized by Google

Praxis von diesem Erforderniß längst abgegangen. Im Uebrigen wird dabei in Ansehung des Thatsächlichen das Nämliche vorauszusetzen seyn, wie bei dem ordinarium, d. h. dem eben beschriebenen analog angewendeten Interdict. Aber auf die §. 20. 21. 22. dargestellten Erfordernisse wird nur dann zu sehen seyn, wenn deren Nichtdaseyn sofort liquid gemacht werden kann.

§. 44.

Von der Leibzucht lassen sich keine allgemein anwendbaren Regeln aufstellen, weil der Gegenstand dieses Rechts zu verschiedenartig seyn kann. Besteht sie in Benutzung eines Hauses oder eines Theiles derselben oder eines sonstigen Grundstücks, so muß sie ganz nach den Regeln der römischen Personalservituten beurtheilt werden, denn sie ist alsdann in der That eine solche. Besteht sie in Leistungen des Verpflichteten, so müssen die §. 17. fgg. entwickelten Grundsätze eintreten, und ist sie aus Berechtigungen beider Arten zusammengesetzt, so muß die eine oder die andere Art der erwähnten Rechtsmittel eintreten, je nachdem das eine oder andere Recht in Frage steht.

§. 45.

Außer den in den vorigen §§. genannten giebt es noch mancherlei Leistungen, die Beziehung auf ein unbewegliches Grundstück haben. Bei diesen hängt die Entscheidung der Frage, ob und welcher richterliche Schutz der bloßen Ausübung zu Theil werden soll, davon ab, ob sie zu den Reallasten mit Recht gerechnet werden können. Muß dieses überhaupt, oder in dem vorliegenden Fall bejaht werden [1]), dann sind die Art und Weise und die Voraussetzungen jenes Schutzes nach der Art der Leistungen mit Hinblick auf die in §. 43. enthaltenen Andeutungen zu beurtheilen.

1) Vergl. darüber Duncker a. a. O. §. 38. fgg.

Digitized by Google

X.

Beiträge zur Lehre von der väterlichen Gewalt.

Vom

Herrn Professor Dr. Robert Schneider in Leipzig.

I. Welche unehelichen Kinder können nach römischem Rechte legitimirt werden?

Man hat bisher fast allgemein angenommen, daß die drei Arten der Legitimation, welche das neuere römische Recht kennt, von diesem nur auf diejenigen unehelichen Kinder beschränkt worden seyen, welche in einem nach demselben erlaubten Concubinat erzeugt sind. Zwar hat schon Reitz[1]) diese Ansicht bestritten; sein Widerspruch hat jedoch nicht nur nirgends Eingang gefunden, sondern man hat ihn sogar meistens nicht ein Mal der Erwähnung gewürdigt[2]). In der neuesten Zeit ist aber wiederum Witte[3]) gegen die gewöhnliche Ansicht aufgetreten, und dieser Angriff dürfte um

1) Ad Theophil. Paraphr. Gr. Instit. I. 10. §. 13. p. 106. sq. not. k.

2) Unter unseren Lehrbüchern hat nur das von v. Wening-Ingenheim Bd. 3. §. 398. (Buch IV. §. 91.) Anm. e) wenigstens auf die abweichende Meinung von Reitz hingedeutet; in den übrigen ist sie gar nicht berücksichtigt.

3) In seinem vortrefflichen Werke: Das preußische Intestat-Erbrecht aus dem gemeinen teutschen Rechte entwickelt. (Leipzig 1838.) §. 4. Anmerkung: „Ueber der unehelichen Kinder Fähigkeit nach römischem Rechte legitimirt zu werden." S. 16. f.

Digitized by Google

so eher berücksichtigt und mit Beifall aufgenommen werden, je mehr Witte denselben zu begründen gesucht, und je entschiedener er die gewöhnliche Ansicht als „ganz irrig" dargestellt hat. Es wird daher nicht als unangemessen erscheinen, wenn die gegen die letztere gemachten Einwürfe einer genaueren Betrachtung unterworfen werden.

Reitz und Witte stimmen darin mit einander überein, daß sie beide eine später erfolgte Ausdehnung der ursprünglich auf Concubinenkinder beschränkt gewesenen Legitimation annehmen. Auch über den Umfang dieser Ausdehnung scheinen sie (so weit sich nämlich die nicht bestimmt ausgesprochene Ansicht von Reitz über diesen Punct erkennen läßt,) einerlei Meinung zu seyn, und die Legitimation in Folge derselben bei allen unehelichen Kindern eintreten zu lassen, welche von einem bestimmten Vater, aber nicht in einem nefarius, incestus und damnatus complexus erzeugt worden sind. Dagegen weichen beide Schriftsteller rücksichtlich der Zeit jener Neuerung von einander ab, indem Reitz dieselbe schon vor Justinian setzt, Witte dagegen annimmt, daß sie erst unter diesem Kaiser erfolgt sey. Es sollen im Folgenden zuerst die von Reitz für das frühere Recht aufgestellten Gründe, und sodann die Witte's für die Zeit Justinian's geprüft werden.

Reitz stützt seine Meinung darauf, daß der Begriff der naturales liberi sich im neueren Rechte erweitert habe, indem mit diesem Ausdruck zwar eigentlich und früher die Concubinenkinder, später aber auch diejenigen unehelichen Kinder bezeichnet worden seyen, welche der Vater „pro suis, i. e. ex se natis" anerkannt habe [1]). Zum Beweise dieser

1) Unter den Neuern nimmt Schrader Abhandlungen aus dem Civil-Rechte, Bd. 1. S. 21. f. Anm. h) und in der Institutionen-Ausgabe zu §. 13. de nuptiis I. 10. v. *naturalis* p. 75. ebenfalls eine dem römischen Recht bekannte weitere Bedeutung von naturales liberi an, in welcher sie die „in gewöhnlich außereyelichem Beischlafe Erzeugten" bezeichnen sollen. Doch habe ich diese Bedeutung weder in den von Brissonius

Behauptung beruft er sich auf drei kaiserliche Constitutionen, es wird aber aus einer näheren Betrachtung derselben zur Genüge hervorgehen, daß sie für den angegebenen Zweck ganz bedeutungslos sind [1]).

Die erste Constitution, von Constantin d. Gr.[2]), lautet in ihrem von Reitz hervorgehobenen Anfang so:

„Senatores . . . . . placet maculam subire infamiae, . . . si ex ancilla vel ancillae filia, vel liberta vel libertae filia, vel scenica vel scenicae filia, vel ex tabernaria . . . . . susceptos filios in numero legitimorum habere voluerint, ... seu illos legitimos seu *naturales* dixerit" (sc. pater).

So weit ist aber diese Stelle für die von Reitz aufgestellte Behauptung ohne alle Beweiskraft, da der Kaiser die Geschlechtsverbindungen, aus welchen die von ihm nicht als legitim anerkannten Kinder entsprungen seyen, nicht näher angiebt, und überhaupt den Ausdruck naturales nur als eine gleichgültige, von den Vätern möglicher Weise gewählte Bezeichnung anführt. Es spricht aber die Stelle sogar geradezu gegen Reitz, wenn man im Fortgange derselben findet, daß der Kaiser eine in der Absicht einer Ehe eingegangene Geschlechtsverbindung im Sinne hat, da er die Frauensperson, mit welcher sie eingegangen ist, *uxor* nennt. Wenn er nun nichts destoweniger sagt, daß die Väter die aus einer solchen Verbindung hervorgegangenen Kinder möglicher Weise naturales nennen könnten, so liegt der Grund hiervon ohne Zweifel darin, daß er vorher auch Sclavinnen unter jenen

---

und Vicat u. d. W., auf welche er sich in der ersteren Schrift bezieht, noch in den von ihm selbst in dem zweiten Werke angeführten Stellen wiederfinden können. Vielmehr sind in ihnen naturales bald Concubinenkinder, bald mit einer Sclavin erzeugte Kinder.

1) S. auch Schilling Lehrb. f. Institt. u. Gesch. d. römischen Privatr. Bd. 2. §. 39. Anm. m) S. 164.

2) L. 3. Th. C. de natural. filiis IV. 6. L. 1. J. C. eod. V. 27.

Digitized by Google

Frauensperſonen aufgezählt hat, und bekanntlich die in einem Contubernium erzeugten Kinder in einem anderen, als dem hierher gehörigen Sinne, naturales liberi heißen [1]).

Die zweite von Reitz citirte Stelle iſt der Anfang der Conſtitution von Valentinianus, Valens und Gratianus über das Erbrecht der naturales liberi [2]):

„Placuit, ... haec tantummodo temperare, ut is, qui heredem heredesve filios ex legitimo matrimonio, ... dimittit, *si ex consortio cujuslibet mulieris naturales susceperit*, unam tantum bonorum suorum . . unciam naturalibus vel mulieri donandi aut relinquendi habeat facultatem.“

Hier können aber unter den naturales ſchlechterdings keine anderen, als Concubinenkinder, verſtanden werden. Dies ergiebt ſich theils aus dem Ausdrucke consortium, welcher ein dauerndes Band bezeichnet, und daher vorzugsweiſe ſowohl von der Ehe [3]), als auch vom Concubinat ſelbſt [4]) gebraucht wird, theils aus der weiter unten von den Kaiſern gewählten Beſchreibung der Mutter der naturales durch: „mulier, quam sibi adjunxerat,“ welche ebenfalls auf eine fortwährende Vereinigung hindeutet. Dazu kommt, daß Juſtinian, indem er den Inhalt der obigen Conſtitution referirt [5]), dieſelbe ausdrücklich auf die Concubine und deren Kinder bezieht. Wie aber die Worte: „*cujuslibet mulieris*,“ auf welche Reitz ein beſonderes Gewicht legt, für ſeine Meinung irgend Etwas beweiſen ſollen, iſt ſchwer abzuſehen; ſie ſind gerade zur Bezeichnung des Concubinats im

1) S. Schilling a. a. O.

2) L. 4. Th. C. cod.

3) L. 3. Th. C. de nuptiis III. 7. L. 1. D. de ritu nupt. XXIII. 2. Vgl. auch Schrader ad §. 1. J. de patr. pot. I. 9. vv. *individuam cons. vitae* p. 64.

4) L. 5. ex. C. de natural. liber. V. 27.

5) Nov. LXXXIX. c. 12. pr.

Digitized by Google

Gegensatz der Ehe von den Kaisern sehr passend gewählt, um anzuzeigen, daß der bei der letzteren damals einflußreiche Unterschied des Standes und Ranges bei einer Verbindung der ersteren Art nicht weiter in Betracht komme [1]).

Endlich bezieht sich Reitz auf die Constitution, nicht von Justinianus, wie er sagt, sondern von Justinus [2]), deren Anfang so lautet:

„Legem Anastasii divinae recordationis, quae super *naturalibus filiis* emissa est, in his valere tantum casibus concedimus, qui nunc usque subsecuti sunt, ... ita tamen, ut non *aliunde* progenitis subvenisse credatur, quam non ex nefario nec incesto conjugio. *Naturalibus* insuper filiis vel filiabus ex *cujuslibet mulieris* cupidine non incesta, non nefaria procreatis et in paterna per arrogationem seu per adoptionem sacra susceptis . . . . . duximus suffragandum" etc.

Jeder Schein, welcher aus dieser Stelle etwa für die von Reitz behauptete Bedeutung der naturales liberi entstehen könnte, muß verschwinden, wenn man das Gesetz von Anastasius selbst [3]), dessen Bestätigung sie enthält, vergleicht, und findet, daß hier die Mütter jener Kinder durch die Worte: „aliquae mulieres *uxoris loco* habentur" bezeichnet werden, welche nur von Concubinen verstanden werden können [4]). Auch der Umstand, daß der Kaiser mit den naturales die ex incesto et nefario conjugio progeniti zusammenstellt, spricht nicht für, sondern gegen Reitz, da sich

1) In diesem Sinne hat die Stelle auch der westgothische Paraphrast aufgefaßt; es heißt nämlich bei ihm (ed. Haenel p. 375.): „. . . . si quis . . . . ex quacunque muliere, id est ingenua nata vel facta susceperit naturales, ..."

2) L. 7. C. de natural. liber.

3) L. 6. C. eod.

4) L. 144. D. de verb. sign. L. 16.: „c. . . . eam, quae *uxoris loco* sine nuptiis in domo sit, . . . παλλακὴν Graeci vocant."

Digitized by Google

daraus ergiebt, daß hier überall nur von solchen unehelichen Kindern die Rede sey, welche aus einer dauernden, der Ehe äußerlich ähnlichen Geschlechtsverbindung (conjugium) [1]) hervorgegangen sind. Endlich von dem Ausdruck: „cujuslibet mulieris“ gilt Dasselbe, was bei der vorhergehenden Stelle bemerkt wurde.

Geht aus diesen Bemerkungen hervor, daß die von Reitz aufgestellte Meinung durch die für dieselbe angeführten Stellen nicht im Geringsten bestätigt werde, so liegen auch sehr gewichtige Gründe vor, aus welchen sie als schlechterdings unzulässig betrachtet werden muß. Dahin gehört theils der Umstand, daß auch in der späteren Zeit noch als Mutter der naturales ausdrücklich die concubina genannt wird [2]), theils und vorzüglich aber die Bestimmung des Begriffs der naturales, welche von Theodosius II. und Valentinianus gegeben und in der neueren Zeit als Bestandtheil des Theodosischen Codex [3]) wieder aufgefunden worden ist, weshalb freilich Reitz wegen der Unbekanntschaft mit derselben keinen Tadel verdient. Sie lautet so:

„*Naturalium* nomen sancimus imponi iis, quos sine honesta celebratione matrimonii procreatos, legitima conjunctio fuderit in lucem; servos autem ex ancillae utero ipso jure generatos. Et quamvis per vim naturae ne illis quidem possit naturalium nomen auferri, in hereditariis tamen cor“ . . . . . .

Hiernach können also unter den naturales in der späte-

1) L. 3. C. eod. oder Nov. Theod. tit. XXII. c. 1. §. 8. (ed. Berol.) nennt den Concubinat: „inaequale conjugium.“

2) L. 2. C. eod. Diese Constitution rührt von Arcadius und Honorius her; es ergiebt sich aber aus einer Vergleichung mit ihrer Gestalt im Theodosischen Codex (L. 6. eod. IV. 6.), daß das Wort *concubina* erst von den Justinianischen Compilatoren hineingesetzt worden ist.

3) L. 7. Th. C. eod. IV. 6.

ren Zeit nur theils die im Concubinat (legitima conjunctio)[1]), theils die von einer Sclavin erzeugten Kinder verstanden werden.

Diese Bemerkungen werden genügen, um die von Reitz behauptete Erweiterung des Begriffes von naturales liberi und folgeweise auch der Legitimation im Vorjustinianischen Rechte zu widerlegen. Noch weitere Argumente gegen diese Meinung werden von selbst bei der Besprechung der Ansicht Witte's, zu welcher wir jetzt übergehen, hervortreten; auch werden hierbei nothwendig diejenigen Stellen Berücksichtigung finden müssen, welche Reitz aus der Justinianischen und späteren Zeit noch für sich angeführt hat.

Witte hat seine Ansicht auf mehrere Argumente gestützt, welche im Folgenden nach einander unter Zahlen aufgeführt und der Betrachtung unterworfen werden sollen:

1) „Justinian fordert schon in der L. 10. C. de natur. lib. V. 27., daß die zu legitimirenden Kinder in der consuetudo mit einer mulier libera, cujus matrimonium non est legibus interdictum, erzeugt seyen. Nun ist aber in der Regel Concubinat nur mit Denen zulässig, mit welchen justae nuptiae nicht Statt finden. L. 1. §. 1. L. 3. pr. D. de concub. XXV. 7. Zimmern Geschichte des römischen Privatrechts I. §. 133. Not. *) und Not. 19. §. 149. Not. 18—22. Auch heißt Consuetudo vorzugsweise nicht bleibender Concubinat, der sich von der Ehe nur durch das non pleno honore diligere unterscheidet, sondern ganz fesselloser Geschlechtsumgang. Heineccius zu Brisson. de verb. sign. h. v. No. 6."

Um dieses, ohne Frage schwächste Argument Witte's zu beseitigen, wird Folgendes genügen. Wenn Justinian im Eingange der angeführten Coderstelle sagt:

---

1) L. 5. ex. C. ad SC. Orphit. VI. 57.: „ . . . . . ex licita consuetudine . . . . . "

„Quum quis a muliere libera, et cujus matrimonium non est legibus interdictum, cujusque consuetudine gaudebat, aliquos liberos habuerit," etc.

so erklärt sich das zweite von ihm rücksichtlich der Frauensperson aufgestellte Erforderniß ganz einfach und natürlich daraus, daß er hier eine Legitimation durch nachfolgende Ehe gestattet, die Mutter der außerehelichen Kinder also eine solche seyn muß, mit welcher der Erzeuger der letzteren eine Ehe schließen kann. Dies widerspricht nun auch der Natur des Concubinats nicht im Geringsten [1]), und es ist ein Irrthum, wenn Witte behauptet, daß derselbe in der Regel nur mit Denen zulässig sey, mit welchen justae nuptiae nicht Statt finden. Allerdings gab es je nach der Verschiedenheit des Standes und Rufes der Frauensperson einen Unterschied in der Form bei der Eingehung des Concubinats. War nämlich die Frauensperson zwar frei geboren, aber von niedriger Herkunft, oder übelberüchtigt, weil sie sich Preis gegeben hatte, oder weil sie wegen Ehebruchs verurtheilt worden, oder war sie eine Freigelassene, also überhaupt eine solche, mit welcher nach der Lex Julia de adulteriis ein Stuprum ungestraft begangen werden konnte, so war der Concubinat mit ihr ohne Weiteres zulässig; dagegen konnte er mit einer „honestae vitae et ingenua mulier" nur dann straflos eingegangen werden, wenn man die Absicht, sie als Concubine haben zu wollen, öffentlich erklärte [2]). Allein dieser Unterschied war doch nur von rein formeller Bedeutung, auf die Möglichkeit des Concubinats an sich

1) Nur in einzelnen, bestimmten Ausnahmsfällen ist der Concubinat unter Solchen gestattet, welche eine Ehe mit einander eingehen könnten, s. L. 1. §. 2. L. 5. D. de concubin. XXV. 7.; sonst aber ist regelmäßig der Concubinat unzulässig, wo die Ehe verboten ist. S. L. 1. §. 3 4. D. eod. L. 56. D. de ritu nupt. XXIII, 2. Nov. LXXXIX. c. 9.

2) S. die Belegstellen in Zimmern's Gesch. d. römischen Privatrechts bis Justinian. Bd. 1. §. 183. Anm 18. ff.

Digitized by Google

hatte er gar keinen Einfluß. Nimmt man also, wie Witte thut [1]), an, daß die testatio später abgekommen sey, so war im neueren Recht ein Concubinat selbst ohne allen formellen Unterschied mit ledigen Frauenspersonen jeden Standes und Rufes möglich. Daß Witte den Concubinat regelmäßig nur auf Solche beschränken will, mit welchen justae nuptiae unzulässig waren, rührt, wie sich aus seinem letzten Citat von Zimmern abnehmen läßt, daher, daß diejenigen Frauenspersonen, welche man ohne testatio zu Concubinen nehmen konnte, zum Theil dieselben waren, mit welchen die Lex Julia et Papia allen Freigeborenen die Ehe untersagt hatte. Allein hieraus durfte doch jener Satz nicht abgeleitet werden. Denn erstlich waren es doch in der That nicht ganz die nämlichen Personen, auf welche sich jene verschiedenen Bestimmungen bezogen; so konnte man z. B. mit einer Freigelassenen ohne testatio einen Concubinat eingehen, und auch justae nuptiae waren nach der Lex Papia mit ihr zulässig [2]); zweitens hatte aber ja weder diese, noch irgend eine andere Lex den Concubinat mit Denen verboten, mit welchen nach dem Julisch-Papischen Rechte justae nuptiae Statt finden konnten. — Eben so wenig haltbar ist der von dem Ausdruck *Consuetudo* entlehnte Beweisgrund. Denn wenn derselbe auch bei nicht juristischen Schriftstellern [3]) nicht selten von einem ganz fesselosen Geschlechtsumgang vorkommt, so findet er sich doch gerade bei den Juristen und Kaisern wie

1) A. a. O. S. 17.; er bezieht sich deshalb auf Hotoman. Disp. de spuriis et legitimat. cap. 2. in f. Dagegen scheint jedoch der Umstand zu sprechen, daß noch Photius Nomocanon. XIII. 5. (Voëll. et Justell. Bibl. jur. can. Tom. II. p. 1106.) und Balsamon dazu (ib. p. 1108.) die contestatio (μαρτύρια) in der angegebenen Beziehung erwähnen.

2) L. 33. D. de ritu nupt. XXIII. 2.

3) Nur aus solchen, und zwar der Zeit der Republik angehörigen Schriftstellern hat Heineccius an dem von Witte a. a. O. Beispiele beigebracht.

Digitized by Google

von der Ehe [1]), so vorzugsweise vom Concubinat [2]), und, so viel ich habe bemerken können, nur ein einziges Mal zugleich auch vom Stuprum [3]) gebraucht. — Uebrigens deutet in den oben mitgetheilten Worten Justinian's auch schon der Umstand, daß er von einigen mit einer Frauensperson in einer consuetudo erzeugten Kindern spricht, mit Bestimmtheit darauf hin, daß hier nicht ein ganz fesselloser, sondern ein während längerer Zeit mit einer und derselben Frauensperson fortgesetzter Geschlechtsumgang gemeint sey.

Sonach führt schon die einfache Erklärung der Constitution Justinian's, auf welche Witte sein erstes Argument gründet, zu dem Resultate, daß sie durchaus nicht geeignet sey, einen solchen Stützpunkt abzugeben. Jeder etwa noch mögliche Zweifel muß aber verschwinden, wenn man einen späteren Bericht Justinian's selbst über den Inhalt jenes Gesetzes zu Rathe zieht, und sieht, wie er, der beste Interpret seiner eigenen Worte, dasselbe ausdrücklich von Concubinen und deren Kindern versteht. Dieser Bericht ist

---

1) §. 1. J. de patr. pot. I. 9.: „matrimonium, ... individuam *consuetudinem* vitae continens.“ S. auch die L. 24. D. de ritu nupt. in der folgenden Anmerkung.

2) L. 24. D. de ritu nupt. XXIII. 2.: „In liberae mulieris *consuetudine* non *concubinatus*, sed nuptiae intelligendae sunt, si non corpore quaestum fecerit.“ — L. 121. §. 1. D. de verb. obl. XLV. 1.: „Mulier ab eo, in cujus matrimonium conveniebat, stipulata fuerat ducenta: si *concubinae*, tempore matrimonii, *consuetudinem* repetisset, ...“ L. 5. ex. C. ad SC. Orphit. VI. 57.: „. . . . . Sin autem *concubina* liberae conditionis constituta filium vel filiam ex licita *consuetudine* ab homine libero habita procreaverit, ... “ L. 3. C. comm. de manumiss. VII. 15.: „Si quis sine uxore constitutus ancillam sub nomine habeat *concubinae*, et in eadem usque ad mortem suam *consuetudine* permanserit, ...“

3) L. 31. pr. D. ad L. Jul. de adult. XLVIII. 5.: „Stuprum committit, qui liberam mulierem *consuetudinis* causa, non matrimonii continet, excepta videlicet *concubina*.

Digitized by Google

in der Novelle LXXXIX. enthalten, in welcher es nach der Ueberſetzung Hombergk's heißt[1]):

„Restat igitur, ut modos a nobis introductos percurramus, qui jus legitimorum naturalibus praebent, de quorum successione non laborabimus. Cum enim semel eos legitimos fecerimus, concessimus etiam, ut illas successiones habeant, quas ii habent, qui ab initio legitimi sunt. Si quis igitur cum muliere, quae ab initio libera, vel liberta fuerit, et quam omnino uxorem ducere licet, *quaeque tanquam concubina cum eo vixit*[2]), dotalia instrumenta fecerit, sive legitimos liberos habeat, sive ejusmodi liberos non habeat: sancimus, ut et nuptiae legitimae, et liberi, tum quos ante succepit, tum qui in utero sunt, legitimi sint[3])."

Betrachten wir jetzt das folgende Argument Witte's:

2) „Ueber den Inhalt jener Codex-Stelle berichtet Juſtinian in §. 13. Inst. de nuptiis I. 10. und Theophilus ſagt in ſeiner Paraphraſe dabei nach Wüſtemann's Ueberſetzung ausdrücklich: „Ich habe mich mit einem Weibe abgegeben — — — nicht daß ſie meine Frau, ſondern eine Hure oder eine Beiſchläferin iſt" (οὐχ ὡς γαμετῆ, ἀλλ' ὡς πόρνῃ τυχὸν, ἢ παλλακῇ). Theophilus, der Mitredacteur des Codex und der Inſtitutionen, zweifelte nicht

1) c. 2. in. Die Vulgata iſt gerade in den entſcheidenden Worten nicht ganz genau.

2) „γυναῖκα . . . . ἐν παλλακῆς σχήματι συνοῦσαν αὐτῷ."

3) Auch ſchon die Art, wie Juſtinian in der L. 11. C. de natural. liber. über den Inhalt der L. 10. C. eod. berichtet, könnte gegen Witte geltend gemacht werden. Denn da ſagt der Kaiſer: „Nuper legem conscripsimus, qua jussimus, si quis mulierem in suo *contubernio* collocaverit" etc. Nun wird aber *contubernium*, außer von der Sclavenehe, vorzugsweiſe vom Concubinat gebraucht (ſ. z. B. L. 6. Th. C. eod. L. 5. J. C. eod.). Es bedarf jedoch der Berufung auf dieſe Stelle gar nicht, da der obige Bericht in der Nov. LXXXIX. viel beſtimmter und unzweideutiger iſt.

Digitized by Google

daran, daß die ohne alles Band erzeugten Kinder gleich den Concubinen-Kindern durch subsequens matrimonium legitimirt werden könnten."

Bevor die Beweiskraft dieses Arguments geprüft werden kann, muß bemerkt werden, daß die factischen Verhältnisse, von welchen es ausgeht, unrichtig angegeben sind. Justinian berichtet nämlich in der angeführten Institutionenstelle nicht blos über die oben besprochene Constitution, welche von der Legitimation durch nachfolgende Ehe handelt, sondern er gedenkt zugleich auch der Legitimation durch sogenannte oblatio curiae. In der Paraphrase des Theophilus nun stehen die von Witte ausgehobenen Worte nicht bei der Erwähnung der ersteren Legitimationsart, sondern bei der der letzteren. Daher ist die Behauptung Witte's in dem letzten der obigen Sätze unbegründet. Zum Belege mögen hier die betreffenden Stellen wörtlich auf einander folgen:

In den Institutionen heißt es a. a. O.:

„Aliquando autem evenit, ut liberi, qui statim ut nati sunt, in potestate parentum non fiant, postea autem redigantur in potestatem. Qualis est is, qui, dum naturalis fuerat, postea curiae datus potestati patris subjicitur; nec non is, qui a muliere libera procreatus, cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione, dotalibus instrumentis compositis, in potestate patris efficitur" etc.

Bei Theophilus heißt es aber nach der Uebersetzung von Reitz:

„Porro videre aliquando licet, quod aliquis simul ac natus est, in potestate patris non sit, sed postea in potestate fiat. Et qualis hic est? Concubui ego mulieri cuidam, cum qua legitimas contrahere nuptias non prohibebar; *concubui autem illi non ut uxori, sed ut me-*

Digitized by Google

retrici forte vel concubinae. Nati inde sunt liberi; non sunt in potestate, quia nuptiae non praecesserunt, sed naturalis est filius. *Hunc postea in curiam tradidi; fiet mihi in potestate* [1]). Idem quoque est, et si mulieri cuidam concubui, non ut uxori, quam me uxorem habere non lex, sed voluntatis impedivit defectus. Natus est puer, is in potestate non est. Si vero postea, sicuti constitutio religiosissimi Imperatoris nostri sancivit, dotalia instrumenta cum ea fiant, non solum nati ante instrumenta, sed et qui postea . . . . in potestate mea fient" etc.

Hiernach hat nun allerdings der Verfasser der Paraphrase eine Legitimation durch sogenannte oblatio curiae, aber lediglich diese, auch bei andern unehelichen Kindern, als bei den mit einer Concubine erzeugten, angenommen [2]). Allein nichts desto weniger ist diese Annahme für eine irrthümliche, mit dem damals gesetzlich ausgesprochenen Recht nicht übereinstimmende zu halten. Die Gründe hierfür sind folgende. Erstlich stellt Justinian in seinem umfassendsten Gesetz über die Legitimation [3]), in welches er alle früheren, noch anwendbaren Bestimmungen über dieselbe aufgenommen hat, die unehelichen Kinder, welche durch Oblation legitimirt

1) Καὶ ποῖος οὗτός ἐστιν; Ἐμιγνύμην μὴν ἐγώ τῳ γυναικὶ, πρὸς ἣν νόμιμον οὐκ ἐκωλυόμην συστήσασθαι γάμον· ἐμιγνύμην δέ αὐτῇ, οὐχ ὡς γαμετῇ, ἀλλ' ὡς πόρνῃ τυχὸν ἢ παλλακῇ· ἐτέχθησαν παῖδες ἐντεῦθεν· οὐκ εἰσὶν in potestate, διά τὸ γάμον μὴ προηγεῖσθαι, ἀλλ' ἔστι φυσικὸς ὁ παῖς· τοῦτον ἐπιδέδωκα μετὰ ταῦτα εἰς βουλευτήριον· γενήσεταί μοι *in potestate.*"

2) Auch neuere Juristen, z. B. Voët Commentar. ad Pandect. tit. de concubin. XXV. 7. §. 5., haben, ohne Rücksicht auf Theophilus, behauptet, daß durch die sogenannte oblatio curiae auch spurii und selbst sogenannte incestuosi legitimirt werden könnten; aber freilich aus einem ganz nichtigen Grunde, nämlich arg. L. 6. pr. D. de decurion. L. 2.

3) Nov. LXXXIX.

Digitized by Google

werden können, denjenigen, bei welchen eine Legitimation durch nachfolgende Ehe oder durch Rescript zulässig ist, ganz gleich, er bezeichnet sie mit denselben Namen [1]), und behandelt sie durchgängig als eine und dieselbe Classe von Personen. Nun sind aber die beiden letzteren Legitimationsarten, — wie theils aus dem unter Nr. 1. Gesagten sich ergiebt, theils aus den weiter unten folgenden Bemerkungen hervorgehen wird, — ohne alle Frage im Justinianischen Rechte auf Concubinenkinder beschränkt. Man kann also, besonders bei der bekannten Redseligkeit Justinian's und bei der Prahlerei, mit welcher er die von den Kaisern eingeführten Begünstigungen der unehelichen Kinder in jenem Gesetze verkündigt, unmöglich glauben, daß eine so wichtige Verschiedenheit zwischen diesen zwei Legitimationsarten und der durch Oblation, und eine so weite Ausdehnung der letzteren über die bei jenen und bisher auch bei ihr beobachteten Grenzen vom Kaiser vorgenommen worden wäre, ohne daß er diesen Umstand, als einen neuen Beweis der unerschöpflichen kaiserlichen Milde, hervorgehoben haben würde. Hierzu kommt, daß Justinian sich in jenem Gesetze [2]) auf die Constitution von Theodosius II. über das Erbrecht der für die Curie bestimmten naturales liberi [3]) bezieht, und zwar so, als ob sie ganz von denselben unehelichen Kindern handelte, welche nach den von ihm ausgesprochenen Grundsätzen durch Oblation legitimirt werden können. Es beschränkt sich aber diese Theodosische Constitution unbezweifelt nur auf Concubinenkinder [4]). Folglich ist auch Das,

1) Φυσικοί und νόθοι. S. weiter unten die Bemerkungen unter Nr. 3.

2) Nov. cit. c. 2.

3) L. 3. C. de natural. lib. V. 27. oder Nov. Theod. tit. XXII. c. 1.

4) Dies ergiebt sich theils daraus, daß Theodosius die Geschlechtsverbindung, aus welcher die naturales entsprungen, inaequale conjugium nennt, theils aus der Vergleichung dieser Constitution mit der oben wörtlich angeführten L. 7. Th. C. eod. IV. 6.

Digitized by Google

was in Justinian's Gesetz über die Legitimation durch sogenannte oblatio curiae enthalten ist, nur auf solche Kinder zu beziehen. — Der zweite Grund, aus welchem hier auf das Zeugniß der Paraphrase kein Gewicht gelegt werden kann, liegt in ihr selbst. Es widersprechen sich nämlich ihre eigenen Angaben gerade in diesem Punkte in so fern, als sie auf der einen Seite zwar ein mit einer πόρνη erzeugtes Kind durch die Bestimmung für die Curie ein rechtmäßiges werden läßt, auf der anderen Seite aber ein solches Kind φυσικὸς παῖς nennt. Dieser Ausdruck wird aber in der Sprache der Justinianischen Zeit überall nur von Concubinenkindern, nicht auch von anderen unehelichen Kindern gebraucht, wie Witte selbst behauptet [1]), und auch weiter unten nachgewiesen werden soll. Sonach ist die Erwähnung der πόρνη, als der Mutter eines der Legitimation fähigen Kindes, mit der Art, wie dieses selbst bezeichnet wird, unvereinbar [2]). — Endlich mag auch noch daran erinnert werden, daß die Paraphrase nicht in allen Fällen ganz zuverlässig sey. Zwar erscheint sie jetzt in vielfacher Hinsicht gegen Vorwürfe, welche man ihr früher gemacht hatte, gerechtfertigt. Aber es sind doch der Ungenauigkeiten und Verstöße noch genug in ihr wahrzunehmen, und zwar nicht blos in historischen, sondern auch in recht praktischen Lehren [3]). Auch ist die Annahme eines in ihr begangenen Versehens an sich weniger bedenklich, da sie nach der allgemein

1) a. a. O. S. 17. S. die folgenden Bemerkungen unter Nr. 3.

2) Theophilus spricht übrigens nach Anleitung der Institutionen noch ein Mal von der Legitimation, nämlich III. 1. §. 2. An dieser Stelle sagt er Nichts von Kindern einer πόρνη, sondern bei der Legitimation durch Oblation spricht er von solchen, „qui ex legitimis quidem nuptiis non sunt nati," bei der durch nachfolgende Ehe aber drückt er sich so aus: „si quis mulieri cuidam non maritali affectione mixtus fuerit."

3) S. z. B. Hasse d. Culpa d. römischen Rechts S. 512. 518. 525. f., Schilling Bemerkungen über römische Rechtsgeschichte S. 144. f. 296. f. Rudorff d. Recht d. Vormundschaft Bd. 1. S. 366.

Digitized by Google

gebilligten Ansicht ein in den Vorlesungen des Theophilus nachgeschriebenes Collegienheft ist [1]). Unter diesen Umständen kann uns denn auch nicht der Vorwurf einer leichtsinnigen Behandlung der Quellen treffen, wenn wir die Auctorität des Paraphrasten in einem Falle hintenansetzen, in welchem er allein unter allen Zeugen dasteht, und seine Angabe weder durch die Gesetze bestätigt wird, noch mit der Art, wie er sich selbst ausdrückt, übereinstimmt.

Witte fährt fort:

3) „Ganz ähnlich dieser ersten sind auch die späteren Constitutionen Justinian's über denselben Gegenstand: Nov. 12. c. 4. Nov. 17. c. 11. [2]), Nov. 74., Nov. 77. c. 4. 5. [3]), Nov. 89., Nov. 117. c. 2., und bei genauerer Betrachtung ergeben sich viele Aeußerungen in ihnen, die mit der Annahme der Nothwendigkeit eines vorausgehenden eigentlichen Concubinats unvereinbar sind. Hier genüge Folgendes. Die byzantinischen Griechen unterscheiden dreierlei außer den justis nuptiis erzeugte Kinder: φυσικοὶ παῖδες (Concubinenkinder), νόθοι (ohne Concubinat von einem bestimmten Vater, also in einem ausschließlichen Geschlechtsumgang gezeugt) und σχότιοι (vulgo quaesiti). Vergl. das Scholium zu Harmenopul. Prochiron. V. 8. §. 66. in Meermann Thes. VIII. 298. Not. 114. und über den griechischen Sprachgebrauch Gans D. Erbr. in weltgesch. Entwick. I. 312—14. Vergl. auch Schilling Instit. II. §. 39. Not. n, o, m. Dieser Terminologie völlig angemessen nennt Justinian, wo er von wahren Concubinenkindern spricht, wie z. B. in Nov. 18. c. 5.,

1) Hugo Lehrb. d. Gesch. d. röm. Rechts bis auf Justinian, S. 1098. (11. Aufl.), Zimmern a. a. O. §. 108. S. 396. — Vgl. auch Burchardi Grundzüge d. Rechtssystems d. Römer S. 254. f.

2) Nov. XVII. enthält gar nichts auf die Legitimation Bezügliches. Wahrscheinlich ist Nov. XVIII. c. 5. oder 11. gemeint.

3) Auch Nov. LXXVII. handelt nicht von der Legitimation; vielleicht ist Nov. LXXVIII. gemeint.

Digitized by Google

dieſelben φυσικοί. Ueberall aber, wo er von der Legitimation ſpricht, erwähnt er nur νόθοι."

Zuvörderſt iſt hier zu bemerken, daß ich Aeußerungen, welche mit der Annahme: es müſſe der Legitimation nothwendig ein eigentlicher Concubinat vorausgegangen ſeyn, unvereinbar wären, in den von Witte angeführten Novellen durchaus nicht habe finden können. Bei der ganz allgemeinen Behauptung Witte's kann zwar dieſe Gegenbemerkung nicht wohl anders, als blos negirend ausfallen. Doch wird ſie durch das, was weiter unten über jene Novellen geſagt werden wird, eine poſitive Stütze erhalten, und jeden Falls wird die Präſumtion der Wahrheit für ſie ſtreiten, ſobald gezeigt werden wird, daß gerade durch die von Witte hervorgehobenen Aeußerungen jener Art die Behauptung deſſelben nicht begründet werde. Dies ſoll zunächſt in Bezug auf den obigen angeblichen Sprachgebrauch Juſtinian's und der byzantiniſchen Griechen geſchehen.

Allerdings ſtellt das angeführte Scholium zum Harmenopulos den Unterſchied zwiſchen drei Arten unehelicher Kinder, wie ihn Witte bezeichnet hat, dar. Allein ſind die Angaben des Scholiums glaubwürdige? Unterſuchen wir zuerſt den Urſprung deſſelben. Auf den erſten Anblick ſcheint ſich von dieſer Seite gegen die Auctorität des Scholiaſten Nichts einwenden zu laſſen. Denn Salmaſius hat das Scholium „ex veteri libro" entlehnt, und Reitz hat es in einem Meermanniſchen Codex wiedergefunden. Allein eine weitere Unterſuchung der Sache hat mir ergeben, daß es weiter nichts, als ein Stück aus dem Syntagma des Matthäus Blaſtares[1]) iſt, welches bekanntlich im Jahr 1335 geſchrieben wurde[2]). Bei der Ungewißheit, welche über die

1) Lit. B. c. 8. In Beveregii Συνοδικόν Tom. II. P. 2. p. 47. u. in Leunclavii Jus Gr. Rom. Tom. I. p. 481.

2) S. Bevereg. l. c. Tom. I. p. XXII., Zachariae Basilii etc. Prochiron p. 282.

Digitized by Google

von diesem Schriftsteller benutzten Quellen herrscht [1]), läßt sich nun freilich nicht bestimmen, ob er selbst der Verfasser der Stelle sey, oder dieselbe aus einer andern Schrift entnommen habe. So viel steht aber fest, daß, so lange dieser letztere Punkt nicht befriedigend ermittelt ist, eine Bemerkung über den juristischen Sprachgebrauch, welche ein Mönch des vierzehnten Jahrhunderts macht, bei Untersuchungen über die Ausdrucksweise Justinian's um so weniger zur Richtschnur dienen kann, je gröbere Versehen sich eben jener Schriftsteller gerade bei der Erklärung juristischer Ausdrücke zu Schulden kommen läßt [2]).

Erscheint hiernach die Angabe des Scholiums schon von Seiten seines Ursprungs als sehr verdächtig, so muß jeder Anspruch desselben auf Glaubwürdigkeit verschwinden, wenn sich nachweisen läßt, daß der von ihm aufgestellte Unterschied weder von andern byzantinischen Griechen, noch insbesondere, worauf hier Alles ankommt, von Justinian irgend befolgt worden ist. Dieser Beweis soll jetzt geführt werden [3]).

Zuerst widerspricht jener Angabe der Umstand, daß der zur Bezeichnung des dritten Gliedes der Eintheilung gebrauchte Ausdruck σκότιοι, so viel mir bekannt ist, nicht ein einziges Mal in den byzantinischen Rechtsbüchern vorkommt [4]), indem dieselben vielmehr da, wo die lateinischen

1) S. Biener Geschichte der Novellen S. 220. f.

2) S. z. B. was er über Θέσις (adoptio) l. c. (Bevereg. p. 45.) und über incestae, nefariae, damnatae nuptiae Lit. I'. c. 9. (p. 67.) sagt. Beachtenswerth ist auch noch, daß die fragliche Stelle nicht unter der Ueberschrift: Νόμος steht, und sonach eigentlich gar nicht zum Civilrecht, sondern zu den canonischen Bestimmungen gehört.

3) Uebrigens hat schon Reitz zum Harmenopul. die Unhaltbarkeit des Scholiums gefühlt und demgemäß bemerkt: „Defensionem hujus Scholiastae in me non recipio."

4) Matthaeus bezieht sich deshalb auch auf Homer (dieses Citat und der weitere Inhalt der Stelle steht nicht mit in dem Scholium,) was darauf hinzudeuten scheint, daß er seine Angaben von einem Grammatiker, also von einem Nichtjuristen, entlehnt habe.

Digitized by Google

Quellen spurius oder vulgo quaesitus oder conceptus haben, dafür durchgehends bald σπούριος [1]), bald πορνογενής [2]), bald πορνογέννητος [3]), bald ἐκ πορνείας [4]), bald ἀπὸ πορνείας [5]) gebrauchen.

Aber gesetzt auch, daß σκότιος für vulgo quaesitus in den byzantinischen Rechtsquellen vorkommen sollte, so bleibt doch ein zweites, noch viel gewichtigeres Argument gegen die Auctorität des Scholiasten. Dieses besteht darin, daß Justinian in den Novellen, und namentlich gerade in solchen, welche von der Legitimation handeln, die Ausdrücke

1) S. z. B. Schol. f. ad Basil. XXII. 1. 29. (Fabrot. Tom. III. p. 49.), Schol. k. et l. ad XXVIII. 8. 67. (Tom. IV. p. 412.), Basil. XXXIX. 1. 29. §. 1. (Tom. V. p. 205.), Schol. a. et b. ad XLV. 1. 42. (Tom. VI. p. 55.), Schol. z. et a. ad XLV. 2. 7. (ib. p. 76.), Schol. f. ad XLV. 2. 10. (ib. p. 77.), Schol. t. ad XLV. 2. 20. (ib. p. 79.), Schol. d. ad XLV. 3. 2. (ib. p. 98.), Schol. i. ad XLVI. 1. 18. (ib. p. 150.), Harmenopul. V. 8. §. 68. 70.

2) S. z. B. Phot. Nomocanon XIII. 5. (Voëlli et Justelli Bibl. jur. can. Tom. II. 1105.), Basil. XXII. 1. 29. (Tom. III. p. 6.) et Schol. e. et f. (ib. p. 49. sq.), XXVIII. 5. 2. §. 1. (Tom. IV. p. 286.), XXXI. 6. 5. §. 1. (ib. p. 752.) aus der Synops. restituirt), XLV. 1. 27. §. 1. et 28. pr. (Tom. VI. p. 11. 13.), XLV. 1. 42. (ib. p. 20. sq.), Schol. h. ad XLV. 1. 28. pr. (ib. p. 47.), XLV. 2. 7, 9, 13, 20. (ib. p. 63—65.), Schol. e. ad XLV. 2. 9.) ib. p. 77.), Schol. i. ad XLVI. 1. 18. (ib. p. 142.), XLIX. 4. 14. (Meerm. Thes. Tom. V. p. 23.) et 18. (Fabrot. Tom. VI. p. 599.), Basilii, Constant. et Leonis Prochiron VII. 11. (ed. princ. Zachariae. p. 54.), Balsamon. ad Phot. Nomocan. XIII. 5. (Voëll. et Just. l. c. p. 1107.), Harmenopul. IV. 6. §. 18. V. 8. §. 71. et 9. §. 16.

3) S. z. B. Basil. XLVI. 1. 15. et 18. (Tom. VI. p. 142.) Balsamon. l. c. (p. 1108.).

4) S. z. B. Basil. XXVIII. 5. 7. (Tom. IV. p. 287.), Schol. y. ad XLV. 2. 7. (Tom. VI. p. 76.), XLV. 3. 2. (ib. p. 90.), Schol. d. ad XLV. 3. 2. (ib. p. 99.), Schol. m. ad XLV. 3. 5. (ib. p. 101.), Schol. c. ad XLVI. 1. 15. (ib. p. 149.), Prochiron cit. VII. 17. (Zachar. p. 55.), Balsamon. l. c. (p. 1107.), Harmenopul. IV. 6. §. 24.

5) S. z. B. Phot. Nomocanon. l. c. (p. 1106.), Basil. XLV. 3. 5. (Tom. VI. p. 91.).

Digitized by Google

παῖς φυσικός und νόθος durchaus gleichbedeutend für filius filiave naturalis oder Concubinenkind [1]) gebraucht, und daß die byzantinische Jurisprudenz mit ihm in diesem Sprachgebrauche überall übereinstimmt.

Die völlig gleiche Bedeutung der Ausdrücke παῖς φυσικός und νόθος bei Justinian ergiebt sich unzweifelhaft daraus, daß er mehrere Male in einem und demselben Gesetze abwechselnd den einen und den anderen Ausdruck bei der nämlichen Rechtsbestimmung gebraucht. So handelt er in der Novelle LXXIV. zuerst von der Legitimation durch Rescript, und bedient sich dabei des Ausdrucks νόθοι; indem er aber auf den Fall dieser Legitimationsart übergeht, welche man gewöhnlich durch legitimatio per testamentum bezeichnet, sagt er [2]):

„Εἰ μέντοιγε ὁ μόνων φυσικῶν παίδων πατὴρ, τοῦτο μὲν διὰ τινας τυχηρὰς περιστάσεις οὐ πράξειε" κ. τ. λ.

und nachdem er so die Zulässigkeit dieser Legitimation auf den Fall beschränkt hat, wenn blos φυσικοὶ παῖδες vorhanden seyen, fügt er hinzu:

„ὅ λως γὰρ γνησίων ὑπόντων, εἶτα νόθων ἐπιγινομένων ἢ προγινομένων, οὐκ ἂν ἡ γνησιότης αὐτοῖς προσεθείη, εἰ μὴ πάντως διὰ τῶν διατάξεων ἡμῶν" κ. τ. λ.

Ferner in dem zweiten und den nächstfolgenden Capiteln der Novelle LXXXIX. spricht Justinian von der sogenannten legitimatio per oblationem curiae, und gebraucht dabei den Ausdruck νόθοι. Im vierten Capitel derselben Novelle sagt er aber in Beziehung auf denselben Gegenstand:

„Θεσπίζομεν γαρ, ὥστε τὸν ἐπιδεδομένον τῷ βουλευ-

1) Φυσικὸς παῖς bezeichnet auch theils das Kind einer Sclavin, theils ein leibliches Kind, ganz so wie filius naturalis. Diese Bedeutungen kommen aber natürlich hier weiter nicht in Frage.

2) cap. 2. §. 1.

τηρίῳ φυσικὸν υἱὸν μόνῳ τῷ πατρὶ γνήσιον γίνεσθαι διάδοχον,“ κ. τ. λ.

Ebenso bezeichnet er im Anfang des zwölften Capitels derselben Novelle die naturales liberi, welchen Valens, Valentinianus und Gratianus ein Erbrecht gegen den Vater verliehen, durch *νόθοι*, ihre Mutter aber durch *παλλακή*; im §. 1. 2. und 3. aber nennt er sie *φύσικοί* und ihre Mutter ebenfalls *παλλακή*. Noch bestimmter aber geht die ganz gleiche Bedeutung beider Ausdrücke aus dem dreizehnten Capitel desselben Gesetzes hervor, wo sogar in dem nämlichen Satze die nämlichen unehelichen Kinder ein Mal *νόθοι* und ein Mal *φυσικοί* heißen:

„Ἐφ' ὧν δέ θεμάτων τοὺς νόθους παῖδας ἐκαλέσαμεν εἰς τὴν διαδοχὴν, ἐπὶ τούτων καὶ αὐτοὶ τὴν πρέπουσαν τοῖς φυσικοῖς πατράσιν εὐγνωμοσύνην τηρείτωσαν· καὶ αὐτῷ τῷ μέτρῳ, ὥπερ οἱ γονεῖς προνοῦσι τῶν φυσικῶν παίδων, . . . , καὶ αὐτοὶ τοὺς γονεῖς ἀμειβέσθοσαν εἴτε εἰς τὰς διαδοχὰς, εἴτε τὰς ἀποτροφὰς,“ κ. τ. λ.

Auf gleiche Weise gebraucht Justinian im vierzehnten Capitel, wo er von der Vormundschaft über die unehelichen Kinder spricht, von welchen die Novelle handelt, für diese vorher *νόθοι* genannten Kinder den Ausdruck *φυσικοί*. Endlich im fünfzehnten Capitel setzt er wiederum kurz hinter einander zur Bezeichnung eben derselben Kinder erst den einen und dann den anderen Ausdruck:

„Τελευταῖον δὲ ἡμᾶς τοῦ νόμου μέρος ἐνδέχεται, ὥστε . . . . . ἐξαριθμήσασθαι τίνες οὐδὲ αὐτοῦ τοῦ τῶν νόθων ἄξιοι καθεστᾶσιν ὀνόματος, πρότερον μὲν γὰρ πᾶς ὁ ἐκ συνελεύσεων . . . νεφαρίων . . . . προελθὼν, οὗτος οὐδὲ φυσικὸς ὀνομασθήσεται,“ κ. τ. λ.

Wie aus dem Vorstehenden sich zur Genüge ergiebt, daß Justinian die beiden fraglichen Ausdrücke völlig gleichbe-

Digitized by Google

deutend gebraucht[1]), so kann es auch keinen Augenblick zweifelhaft seyn, daß er mit ihnen, und insbesondere mit dem Ausdruck *νόθοι παῖδες*, keine anderen unehelichen Kinder, als nur gerade die mit einer Concubine erzeugten, bezeichnet. Dies geht erstlich aus der so eben gemachten Bemerkung hervor, daß er im zwölften Capitel der Novelle LXXXIX. die Mutter der *φυσικοί* sowohl als der *νόθοι* ausdrücklich *παλλακή* nennt. Es ergiebt sich dies zweitens auch daraus, daß er in der Novelle XVIII. im fünften Capitel, wo er nach Witte's eigener Angabe „von wahren Concubinen-Kindern spricht," dieselben nicht blos, wie dieser Gelehrte behauptet, *φυσικοί*, sondern auch *νόθοι* und ihre Mutter *παλλακή* nennt. Endlich drittens folgt es nothwendig auch daraus, daß Justinian in der Novelle LXXXIX., in welcher er die früheren Gesetze über die Concubinenkinder und deren Legitimation recapitulirt, überall, wo in den lateinisch geschriebenen Gesetzen von naturales liberi die Rede ist, und also nach dem oben gegen Reitz Bemerkten Concubinenkinder gemeint sind, dafür den Ausdruck *νόθοι παῖδες* setzt. Um diese Behauptung zu belegen, sollen hier die Stellen der angeführten Novelle, in welchen Justinian den Inhalt früherer Gesetze angiebt, mit den Worten der letzteren verglichen werden. — Im Anfange des zweiten Capitels bezieht sich Justinian auf das Gesetz von Theodosius II. über die sogenannte oblatio curiae[2]), und giebt den Inhalt desselben so an:

„*Νε νομοθέτηται γὰρ ὑπ' αὐτοῦ τὸ δύνασθαι τοὺς νόθους παῖδας ἢ πάντας ἢ τινας ἐπιδιδόναι τοῖς βουλευτηρίοις, ἢ τὰς θυγατέρας ἀρμοζειν βουλευταῖς.*"

1) Zu den hier gegebenen Belegen ist auch noch L. 45. (44.) C. de episcopis I. 3. hinzuzufügen, wo *Φυσικοί* und *νόθοι* als gleichbedeutend, durch *ἤ* verbunden, neben einander stehen. S. weiter unten Nr. 4. a. E. in der Anmerkung.

2) L. 1. C. de natural. lib. V. 27. (Nov. Theod. tit. XXII. c. 1. §. 3.)

In dem Geſetze von Theodoſius ſelbſt aber heißt es: „Si quis *naturalem* duntaxat fecunditatem[1]) sortiatur, ... tradendi filios *naturales* vel omnes vel quos quemve maluerit, ... curiae ..... ei concedimus facultatem. ..... Sed et si filiam *naturalem* vel filias habuit, et eam vel eas curiali vel curialibus ..... matrimonio collocavit, haec eodem .... obtinebunt.“

Im §. 1. deſſelben Capitels gedenkt Juſtinian einer Conſtitution von Leo, und nennt den Philocalus, auf welchen ſie ſich bezieht, *νόθος παῖς*, nach den Worten dieſes Geſetzes ſelbſt[2]) war aber der letztere ein naturalis filius. Im ſiebenten Capitel referirt der Kaiſer unter Anderem den Inhalt der Conſtitution[3]) von Anaſtaſius, welchen er ſo angiebt:

„*τὴν (διάταξιν) τοὺς νόθους υἱοποιεῖσθαι διδοῦσαν*,“ es handelt aber dieſe Conſtitution, wie ſchon oben gegen Reitz bemerkt wurde, von Concubinenkindern. Auf gleiche Weiſe berichtet er in demſelben Capitel über das Geſetz des Juſtinus, durch welches das eben erwähnte Anaſtaſiſche wieder aufgehoben wurde[4]):

„*ἥτις τὰς υἱοποιΐας τὰς τῶν νόθων ἐκωλυσε*“;

es ſpricht aber Juſtinus nur von naturales filii. Von der im achten Capitel enthaltenen Relation eines früheren Geſetzes von Juſtinian ſelbſt[5]) iſt ſchon oben (Nr. 1.) die Rede geweſen, und daſelbſt gezeigt worden, daß der Kaiſer von Concubinenkindern handle; dieſe nennt er aber hier

1) Weiter unten heißt es ſtatt deſſen: „susceptam ex inaequali conjugio sobolem.“

2) L. 4. C. eod.

3) L. 6. C. eod.

4) L. 7. C. eod.

5) L. 10. C. eod.

Digitized by Google

wiederum νόθοι. Ebenso ist oben bereits erwähnt worden, daß Justinian im zwölften Capitel über das Gesetz von Valens, Valentinianus und Gratianus, welches das Erbrecht der naturales betrifft [1]), berichte, und den Inhalt desselben auf νόθοι oder φυσικοί beziehe, deren Mutter aber ausdrücklich als Concubine bezeichne. In demselben Capitel gedenkt Justinian auch des Gesetzes von Arcadius und Honorius, in welchem ebenfalls das Erbrecht der „naturales filii vel filiae" und deren Mutter, der „concubina," bestimmt wird [2]); er bezieht dasselbe wiederum auf die νόθοι und die παλλακή. Eben dies geschieht in dem nämlichen Capitel rücksichtlich einer von ihm selbst früher erlassenen Constitution über das, was der Vater seinen „naturales filii" und deren Mutter hinterlassen dürfe [3]). Am Schlusse des Capitels endlich erwähnt er wiederum die παλλακή als Mutter der νόθοι, und bestätigt sein früheres Gesetz [4]) über das Erbrecht der „naturales nepotes," indem er diese ἔκγονοι νόθοι nennt.

Zur weiteren Bestätigung dieser Bemerkungen über den Sprachgebrauch Justinian's mag noch auf die Art und Weise aufmerksam gemacht werden, auf welche Julianus in der Epitome Novellarum die betreffenden Novellenstellen wiedergiebt. Er bezeichnet nicht blos überall die unehelichen Kinder, welche der Kaiser bald φυσικοί bald νόθοι nennt, gleichmäßig durch naturales liberi [5]), sondern er bezieht auch namentlich die von der Legitimation handelnden Novellen

1) L. 4. Th. C. eod. IV. 6.

2) L. 2. C. eod.

3) L. 8. C. eod.

4) L. 12. C. eod.

5) Vergl. Nov. XVIII. c. 5. mit Julian. Epit. const. 34. c. 5., Nov. XXXVIII. c. 1. mit Julian. const. 108. c. 2., Nov. CXXIII. c. 1. u. 12. mit Julian. const. 115. c. 2. u. 18.

Digitized by Google

durchgängig auf die Kinder einer concubina, und bezeichnet dieselben ebenfalls durch naturales liberi [1]).

Durch Alles, was bisher über die Ausdrucksweise Justinian's gesagt worden ist, glaube ich den Beweis vollständig geführt zu haben, daß der Kaiser die Worte φυσικοί und νόθοι durchaus gleichbedeutend gebraucht, und unter ihnen, namentlich auch unter dem letzteren, keine anderen, als Concubinenkinder, versteht. Der Sprachgebrauch der späteren Byzantiner hat für diese Untersuchung natürlich kein unmittelbares Interesse, und er könnte, ohne dem Resultate derselben irgend Abbruch zu thun, übergangen werden. Da jedoch Witte auf die Auctorität des oben erwähnten Scholiasten den von demselben angegebenen Unterschied zwischen φυσικοί und νόθοι bei den byzantinischen Griechen überhaupt angenommen hat, so mögen noch einige Bemerkungen über diese folgen, welche jedoch eben wegen ihres nur mittelbaren Interesses für das Beweisthema dieser Abhandlung der Forderung der Vollständigkeit nicht zu genügen brauchen.

Zuerst soll hier einer Stelle des Photius gedacht werden, in welcher derselbe, nachdem er vom Concubinat gesprochen und hauptsächlich den Inhalt des von demselben handelnden Digestentitels vorgetragen hat, zum Schlusse sich so äußert [2]):

„Καὶ ἁπλῶς εἰπεῖν πολλὰ περὶ τῶν ἀπὸ παλλακῶν τικτομένων, ἤγουν νόθων καὶ φυσικῶν, ὁ νόμος ἐν

1) Vergl. Nov. LXXIV. mit Julian. Epit. const. 6. 7. und Nov. LXXXIX. mit Julian. const. 82.

2) Nomocanon. XIII. 5. (Voëll. et Justell. l. c. p. 1106.) Die Uebersetzung dieser Stelle lautet bei Voëllus und Justellus so: „Breviter permulta [*de*] concubinarum liberis, sive illegitimis et naturalibus, lex in Cod. et novellis complectitur doceus, quinam [*illi*] sint, et quomodo patri legitimi fieri, et quando ac quantum ex paternis bonis percipere possint."

τῷ κώδικι καὶ ταῖς νεαραῖς διαλαμβάνει, διδάσκων τίνες εἰσὶ, καὶ πῶς δυνάνται γίνεσθαι τῷ πατρὶ γνήσιοι, καὶ πότε, καὶ πόσον δύνανται λαβεῖν τῶν τοῦ πατέρος πραγμάτων."

Aus dieser Stelle ergiebt sich mit Bestimmtheit, daß die Concubinenkinder sowohl νόθοι als φυσικοὶ heißen, und daß diese beiden Ausdrücke synonym sind; denn Photius bedient sich ihrer zusammen, ohne irgend einen Unterschied anzudeuten, zur Bezeichnung des nämlichen Begriffs. An diese Stelle möge sich sogleich die des Commentators Balsamon anschließen, in welcher er zur Erläuterung der obigen Worte des Photius bemerkt, daß die Novellen XII., XVIII. c. 13., XIX., LXXVIII. c. 3. und LXXXIX. c. 3. u. a. in den Basiliken zu finden seyen, und zugleich den Inhalt derselben so angiebt [1]):

„περὶ τῶν ἐκ νομίμων, καὶ τῶν ἐκ παλλακῶν, καὶ περὶ τῶν ἐκ νόθων γενομένων γνησίων παίδων, διδάσκοντα."

Balsamon hielt hiernach den Ausdruck νόθοι für angemessen, um die Kinder zu bezeichnen, welche Photius als Kinder einer Concubine sowohl νόθοι als φυσικοὶ genennt hatte.

Was die Basiliken betrifft, so gebrauchen diese allerdings regelmäßig den Ausdruck φυσικοὶ παῖδες, wenn sie Concubinenkinder bezeichnen wollen [2]). Aber es kommt doch auch in ihnen der Ausdruck νόθοι und zwar ganz gleichbedeutend mit φυσικοὶ vor. Dies ist namentlich in einer Stelle der Fall, in welcher sie den Inhalt des zwölften Capitels

1) Bei Voëll. et Justell. l. c. p. 1108., wo die Uebersetzung so lautet: „quae de iis docent, qui ex legitimis [*postmodum uxoribus aut*] etiam ex concubinis [*nati*], et ex nothis legitimi filii [*fiunt*]."

2) S. z. B. Basil. III. 1. 8. (Fabrot. Tom. I. p. 117. Heimbach. Tom. I. p. 93.), IX. 7. 36. pr. (Fabrot. ib. p. 543. Heimbach. ib. p. 473.), XXVIII. 4. 49. (Fabrot. Tom. IV. p. 259.) Schol. k. ad LX. 37. 48. (Tom. VII. p. 664.)

Digitized by Google

der Novelle LXXXIX. wiedergeben [1]). Hier, wo vom Erbrecht der Concubinenkinder gegen ihren Vater die Rede ist, bedienen sie sich überall des Ausdrucks *φυσικοί*, nur im letzten Satze, wo offenbar ganz die nämlichen Personen gemeint sind, sprechen sie von *νόθοι*. Aber auch noch aus einem andern Umstand geht hervor, daß ihnen *φυσικοί* und *νόθοι* synonym sind. Im dreizehnten Capitel der angeführten Novelle bestimmt Justinian, daß in denselben Fällen, in welchen die Concubinenkinder ihren Vater beerben könnten, auch umgekehrt dieser sie zu beerben berechtigt seyn sollte. Diese Vorschrift beginnt der Kaiser mit den Worten:

„Ἐφ ὧν δὲ θεμάτων τοὺς νόθους παῖδας ἐκαλέσαμεν,“

die Basiliken setzen aber dafür [2]):

„Ἐφ' ὧν δὲ θεμάτων οἱ φυσικοὶ παῖδες παλοῦνται.“

Es ist hiernach augenscheinlich, daß die *νόθοι* Justinian's ganz dieselben waren, wie die *φυσικοί*, so daß man diesen Ausdruck für jenen zu substituiren kein Bedenken trug [3]).

---

1) XXXII. 2. (Fabrot. Tom. IV. p. 758. sq.). Diese Stelle ist zwar erst aus der Synopsis (ed. Leunclav. p. 316.) restituirt; jedoch ist dieser Umstand bei der regelmäßig Statt findenden völligen Uebereinstimmung der Synopsis mit ihrer Quelle hier ohne weiteren Einfluß.

2) l. c. p. 769. ex. aus der Synopsis l. c.

3) Auf den ersten Anblick könnte der Anfang des cit. Titels der Basiliken auffallen: „Ὅτι εἰ παῖδας ἔχοι τὶς νομίμους, μὴ δύνασθαι αὐτὸν τοῖς φυσικοῖς παισὶ, μήτε τοῖς ἐκ παλλακῆς περαιτέρω μιᾶς σύγκλιας καὶ τῇ μητρὶ αὐτῶν καταλιμπάνειν“ (Si quis legitimos liberos habet, non potest filiis naturalibus nec e concubina susceptis eorumque matri ultra unciam unam relinquere). Es scheinen hier nämlich φυσικοί und Concubinenkinder als zwei verschiedene Arten unehelicher Kinder aufgeführt zu werden. Allein dies ist keineswegs der Fall; die Worte: μήτε τοῖς ἐκ παλλακῆς, sollen nur zur näheren Bestimmung der φυσικοί dienen, wie sich theils daraus, daß im Folgenden von φυσικοί, als Kindern der Concubine, die Rede ist, theils aus der durchaus copulativen Kraft der Partikel μήτε ergibt.

Digitized by Google

Endlich heißt es in einer Ueberschrift der Synopsis [1]) geradezu:

„περὶ παίδων φυσικῶν ἤτοι νόθων“ κ. τ. λ.

und aus den folgenden Worten ergiebt sich auf das Bestimmteste, daß hier von Concubinenkindern gehandelt wird, für welche jene beiden Ausdrücke als synonym gebraucht sind.

Auch bei Harmenopulos sind die beiden fraglichen Ausdrücke ganz gleichbedeutend. Denn erstlich gilt Das, was so eben von den Basiliken rücksichtlich der Art, wie sie das zwölfte Capitel der Novelle LXXXIX. wiedergeben, bemerkt worden ist, auch von ihm [2]). Zweitens gebraucht er auch noch an einer anderen Stelle, wo er vom Erbrecht der Concubinenkinder spricht, für diese den Ausdruck νόθοι [3]).

Steht somit fest, daß Justinian sowohl, als die späteren Byzantiner keinen Unterschied zwischen φυσικοί und νόθοι machen, sondern beide Worte gleichmäßig für Concubinenkinder gebrauchen, so verliert das dritte Argument Witte's seine ganze Beweiskraft, und wir können zur Betrachtung des folgenden übergehen.

4) „Ein ferneres Argument bietet Nov. 89. c. 12. §. 4., wo der Kaiser genau bestimmt, daß die Concubine nur, wenn sie wahrhaft ἐν παλλακῆς σχήματι und als einzige Beischläferin des Erblassers mit diesem zusammengewohnt habe, ein Erbrecht gegen denselben genießen solle, woraus von selbst folgt, daß alle übrigen Vorschriften der Novelle von jener Bedingung nicht abhängig sind. Umgekehrt stellt dieselbe Novelle den, nach ihren Vorschriften der Legitimation fähigen Unehelichen durchaus keine andern gegenüber, als die in nefariis, incestis und damnatis amplexibus Erzeugten.“

Es wird nicht nöthig seyn, auf die Bedenklichkeiten, welche dem hier im ersten Satze geltend gemachten argumen-

1) Basil. Ecloga 5. Synops. XXVIII. 4. 57. (Leunclav. p. 272. ex.)
2) V. 8. §. 66.
3) V. 9. §. 12.

Digitized by Google

tum a contrario im Allgemeinen entgegenstehen, näher einzugehen, da dasselbe in dem vorliegenden Falle durch bestimmte Aeußerungen Justinian's schon von selbst ausgeschlossen wird. Denn erstlich verlangt der Kaiser auch bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe ausdrücklich, daß die Concubine wahrhaft ἐν παλλακῆς σχήματι gewesen sey [1]), und hiernach muß dies auch bei der Legitimation durch Rescript, als welche jener nachgebildet ist und lediglich zur Ergänzung derselben eintritt, angenommen werden. Zweitens sagt Justinian auch ausdrücklich: wenn Jemand mehrere Concubinen habe, so könne man eigentlich gar nicht von Concubinen sprechen, sondern es sey vielmehr ein „πλῆθος γυναικῶν πορνευομένων" vorhanden, ein solcher Mann sey ihm verhaßt, und solle von den Bestimmungen des Gesetzes ausgeschlossen seyn [2]). Freilich kommt diese Aeußerung nur bei Gelegenheit des Erbrechts der Concubinenkinder vor; da sie aber eine aus dem Sittlichkeitsgefühl hervorgegangene Sentenz ist, so darf man dem Kaiser gewiß nicht die Absicht unterlegen, als sollte es nur beim Erbrecht so gehalten werden. Endlich das Erforderniß, daß die Concubine mit dem Manne zusammengewohnt haben müsse,

---

1) Nov. LXXXIX. c. 8. pr. Die Stelle ist schon oben unter Nr. 1. a. E. wörtlich angeführt worden. Auch die Basil. XXVIII. 4. 48. (Fabrot. Vol. IV. p. 257.) wiederholen dies.

2) Nov. XVIII. c. 5. LXXXIX. c. 12. §. 5. — Nachdem dies schon geschrieben ist, finde ich in dem soeben von G. E. Heimbach herausgegebenen Novellen-Commentar des Athanasius tit. XI. const. 4. p. 140. bei der letzteren Stelle bemerkt: „ἐάν τις πολλαῖς συμφθειρόμενος κατ' αὐτῶν γυναυξάν ἔχοι, οὔτε γνησίους, οὔτε νόθους τούτους ἕξει, οὔτε κληρονομηθήσεται παρ' αὐτῶν." Also sind die von einem Manne mit mehreren Concubinen, welche er zugleich gehabt, erzeugten Kinder nicht ein Mal νόθοι; ein wichtiges Argument für die von mir behauptete Bedeutung dieses Ausdrucks: wahre Concubinenkinder d. h. im Sinne des Justinianischen Rechts: mit einer Concubine erzeugte Kinder!

Digitized by Google

wird ebenfalls von Justinian sowohl bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe ausdrücklich erwähnt:

„ἐν παλλακῆς σχήματι συνοῦσαν αὐτῷ[1]),“

als auch bei der durch Rescript angedeutet, indem er bestimmt, daß dieselbe unter Anderem Statt finden solle:

„εἰ . . . . . τὰ τῆς γυναικὸς οὐκ ἀναμάρτητα πρὸς αὐτὸν εἴη[2]).“

Da aber nach dem Bisherigen hier überall nur von einer Concubine die Rede ist, so müßte dieses letztere Erforderniß, auch wenn Justinian es gar nicht berührt hätte, nichts desto weniger angenommen werden, weil es zum Wesen des Concubinats gehört[3]).

Mehr Gewicht scheint dagegen auf den ersten Anblick der in dem zweiten der obigen Sätze Witte's erwähnte Umstand zu haben, daß nämlich Justinian in der Novelle LXXXIX. (und ebenso in der Nov. LXXIV. c. 6.) den zur Legitimation fähigen unehelichen Kindern keine anderen, als nur die sogenannten incestuosi entgegensetzt[4]). Allein bei näherer Betrachtung verschwindet das Gewicht dieses Um-

---

1) Nov. LXXXIX. c. 8. pr.

2) Nov. cit. c. 9. in.

3) L. 144. D. de verb. sign. L. 16. L. 1. C. de concubin. V. 26., Photius l. c. p. 1109., und dazu Balsamon p. 1110., Const. Basilii ap. Leunclav. Jus. Gr. Rom. Tom. I. p. 87. Prochiron cit. ed. Zachariae tit. IV. c. 26.

4) Z. B. Nov. LXXXIX. c. 1. heißt es nach Homberg's Uebersetzung: „Manifestum enim est, quosdam homines liberos et legitimos simul esse, quosdam autem, quum id ab initio non habeant, postea fieri, quando a servis ad liberos, et a naturalibus (ἐκ νόθων) ad legitimos ascendunt: quosdam vero per se naturales (νόθοι) esse, et nonnullas etiam successiones habere: alios vero nec naturales (νόθοι) esse, sed eo quoque indignos haberi.“ Die letzteren bestimmt c. 15. näher so: „qui ex complexibus (non enim hoc vocamus nuptias) aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit, iste neque naturalis (Φυσικός) nominatur“ etc.

Digitized by Google

ſtandes, ja es zeigt ſich ſogar, daß er nur dann ſich genügend erklären läßt, wenn man die Legitimation blos auf Concubinenkinder beſchränkt. Denn im vollen Umfang kann man jenen von Juſtinian aufgeſtellten Gegenſatz unmöglich nehmen, d. h. man kann nicht annehmen, daß er durch denſelben die Eintheilung der unehelichen Kinder erſchöpft, und unter denjenigen, welche er den ſogenannten incestuosi gegenüberſtellt, alle übrigen begriffen habe. Denn dieſe Annahme würde zu dem Reſultate führen, daß alle nicht inceſtuoſen Kinder, alſo auch vulgo quaesiti (im Sinne der Neueren) und ſogenannte adulterini legitimirt werden könnten, und ſoweit wird doch wohl Niemand die Legitimation nach römiſchem Rechte ausdehnen wollen. Es muß ſonach jener Gegenſatz in einem beſchränkten Sinne aufgefaßt, und es können unter den unehelichen Kindern, welche den inceſtuoſen entgegengeſetzt ſind, nur gewiſſe verſtanden werden. Nimmt man nun den Ausdruck νόθοι, mit welchem Juſtinian ſie bezeichnet[1]), in der von Witte behaupteten Bedeutung, ſo iſt man entweder genöthigt, die Concubinenkinder von der Legitimation auszuſchließen, (denn νόθοι ſind nach Witte nur die ohne Concubinat von einem beſtimmten Vater erzeugten unehelichen Kinder,) oder man muß die Bedeutung von νόθοι ſelbſt ändern, und unter ihnen nicht blos die oben angegebenen, ſondern auch die Concubinenkinder verſtehen. Das Erſtere iſt aber mit der Natur der Sache, das Letztere mit der Anſicht Witte's unverträglich. Verſteht man dagegen unter den nicht inceſtuoſen Kindern blos die Concubinenkinder, ſo fällt nicht blos dieſe Inconvenienz weg, ſondern es läßt ſich auch jener ganze Gegenſatz auf folgende Weiſe vollkommen rechtfertigen. Juſtinian

1) Doch gebraucht er für eben dieſelben auch den Ausdruck φυσικός, wie aus der vorigen Anmerkung und aus dem oben unter Nr. 3. über Nov. LXXXIX. c. 15. Geſagten hervorgeht.

Digitized by Google

beabsichtigt in der Novelle LXXXIX. lediglich das Verhältniß der Kinder zum Vater zu bestimmen. Dies ergiebt sich auf das Bestimmteste aus dem ganzen Inhalte des Gesetzes, und ist auch schon von Andern anerkannt worden [1]). Nun kann von einem Verhältnisse zum Vater nach römischer Rechtsansicht überall nur die Rede seyn, wenn die Kinder in einer dauernden Geschlechtsverbindung eines bestimmten Mannes und einer bestimmten Frau erzeugt sind, also entweder in einer wahren Ehe oder in einem Concubinat; denn alle übrigen Kinder sind sine patre, ein Grundsatz aus dem Vorjustinianischen Recht [2]), welcher von Justinian nirgends durch bestimmte Ausdrücke aufgehoben worden ist. Daher spricht denn Justinian auch in der Novelle zunächst nur von ehelichen und von Concubinenkindern. Da die Verhältnisse der ersteren zum Vater aber schon durch das bisherige Recht zur Genüge bestimmt sind, so berührt er dieselben nur mit einigen Worten [3]); dagegen handelt er ausführlich und genau von den Rechtsverhältnissen der Concubinenkinder, und ordnet demgemäß sowohl das Erbrecht derselben gegen den Vater, als auch die Wege an, auf welchen sie die Rechte der ehelichen erlangen können [4]). Nun können aber die in einer dauernden Geschlechtsverbindung erzeugten Kinder möglicher Weise auch zu der den Kaisern so verhaßten Gattung der sogenannten incestuosi gehören; damit also Niemand glaube, daß die Begünstigungen, welche die Novelle den in einer Verbindung jener Art erzeugten Kindern zu Theil werden läßt, auch bei den incestuosen Kindern ein-

1) Z. B. von Kämmerer in der Themis von Elvers Bd. 2. S. 290. Anmerk. und von Mühlenbruch in der Fortsetzung d. Pand. Comm. von Glück Bd. 35. S. 159. Anmerk.

2) Gaj. Inst. I. §. 64., §. 12. J. de nuptiis I. 10., §. 4. J. de success. cogn. III. 5. L. 25. D. de captivis XLIX. 15.

3) c. 1. §. 1.

4) c. 2—14.

Digitized by Google

treten sollen, so schließt sie Justinian ausdrücklich von denselben aus und verfügt, daß sie nichts mit diesem Gesetz gemein haben sollen [1]). Auf diese Weise erklärt es sich sehr einfach und natürlich, weshalb Justinian nur drei Arten von Kindern überhaupt, oder nur zwei von unehelichen insbesondere aufführt; alle übrigen liegen von selbst gänzlich außer dem Bereiche der Bestimmungen, welche er in der Novelle trifft. Es wird aber diese Erklärung nicht wenig dadurch unterstützt, daß auch in zwei anderen Gesetzen, dem einen von Justin, dem anderen von Justinian, den Concubinenkindern ebenfalls nur die aus einem Incest erzeugten entgegengesetzt werden, weil auch in diesen Gesetzen nur von Kindern, welche aus einem dauernden, in der Absicht der Ehe oder wenigstens nach Art derselben geschlossenen Geschlechtsverbindung hervorgegangen sind, und von ihrem Verhältniß zum Vater die Rede ist. Das Gesetz Justin's ist die schon oben in den Bemerkungen gegen Reitz besprochene und in ihren auch hierher gehörigen Anfangsworten mitgetheilte Constitution [2]). In dem erwähnten Gesetz Justinian's aber wird der Canon, daß Presbyteri, Diaconi und Subdiaconi keine Ehen eingehen sollen, bestätigt, und demgemäß bestimmt, daß, wenn sie nichts desto weniger sich verheirathen würden, ihre Kinder weder als eheliche noch als Concubinenkinder, sondern als sogenannte incestuosi gelten sollten [3]).

---

1) c. 15.

2) L. 7. C. de natural. liber. V. 27.

3) L. 45. (44.) C. de episcopis I. 3.: „. . . . . μηδὲ εἶναι γνησίους τοὺς ἐκ τῆς τοιαύτης ἀτόπου συνδιαφθορᾶς τεχθέντας ἢ τικτομένους, ἀλλὰ τῆς ἐκ τῶν τοιούτων σπερμάτων μετέχειν αἰσχύνης. Τοιούτους γὰρ αὐτοὺς τίθεμεν, ὁποίους οἱ νόμοι τοὺς ἐξ ἱγκέστων ἢ νεφαρίων τεχθέντας γάμων ὁωρίζουσι, ὥστε μηδὲ φυσικοὺς ἢ νόθους νοεῖσθαι,

Digitized by Google

5) „Außerdem ist zu berücksichtigen, daß mehre der Bestimmungen Justinians sich auf die Legitimation der mit einer Sclavin erzeugten Kinder beziehen, während doch mit einer Sclavin kein eigentlicher Concubinat, sondern nur ein Contubernium zulässig ist. Brisson. s. v. contub. §. 3.“

Allerdings waren die Begriffe Concubinat und Contubernium auf diese Art ursprünglich streng geschieden. Allein Justinian selbst hat einen Concubinat auch in der dauernden Verbindung eines freien und unverheiratheten Mannes mit seiner Sclavin angenommen, und bestimmt, daß, wenn der erstere bei seinen Lebzeiten oder im Testament nicht etwas Anderes über die letztere und die mit ihr erzeugten Kinder disponirt habe, sie im Augenblicke seines Todes frei werden sollen[1]):

ἀλλὰ παντα χόθεν ἀπεγορευμένους, καὶ διαδοχῆς γονέων ἀναξίους, οὔτε δωρεὰν λαμβάνειν παρ' αὐτῶν δυναμένους, οὐδὲ αὐτούς, οὐδὲ τὰς τούτων μητέρας, ...“ Unrichtig haben hier die Uebersetzungen in den Ausgaben des Codex: „*naturales aut spurii*;“ Φυσικοί und νόθοι sind auch hier gleichbedeutend, der Kaiser gebraucht zwei Ausdrücke für denselben Begriff, wie vorher: „ἐξ ἐγκέστων ἢ νεφαρίων γάμ.“ Dies bestätigt auch Balsamon, welcher in seinem Commentar zu dieser Stelle, wie sie bei Photius (l c. p. 1001.) steht, sich blos mit dem einen Ausdruck: „Φυσικά“ begnügt, indem er den anderen als synonym ausläßt (l. c. p. 1003.). Umgekehrt hat die Collect. const. eccl. I. 3. 46. (in Voëlli et Justelli Bibl. Tom. II. p. 1260.) blos νόθοι. Doch muß ich bezweifeln, daß der Abdruck bei Voöllus genau sey, da in demselben auch die dem Zusammenhange nach durchaus nothwendige Negation fehlt; wäre er richtig, so würde hier ausnahmsweise (s. Witte die leges restitutae S. 28.) eine Verschiedenheit zwischen der Collect. und Photius vorhanden seyn.

1) L. 3. C. comm. de manumiss. VII. 15. Vergl. auch die aus den Basil. XLIX. 1. 4. (Fabrot. Tom. VI. p. 586. sqq.) restituirte L. 4. C. de bonis libert. VI. 4., wo es nach Fabrot's Uebersetzung heißt: „Sed et si quis addictus ancillae suae, nec habens legitimam conjugem, concubinam (παλλακὴν) ipsam habeat, et in eadem

Digitized by Google

„Si quis sine uxore constitutus ancillam suam sub nomine habeat *concubinae*, et in eadem usque ad mortem suam consuetudine permanserit, omnimodo non concedi heredibus defuncti eandem vel liberos ejus, si etiam liberos habuerit, in servitutem deducere . . . . . Ipsi etenim domino, dum superest, damus licentiam, quomodo voluerit, uti tam ancilla sua, quam etiam ex ea progenita sobole, et in suo ultimo elogio, quidquid voluerit, contra eos disponere, id est, quasi servos eos aliis legare, ... Sin autem taciturnitate eos praeterierit, tunc post mortem ejus ad libertatem eripiantur, ut sit mors domini libertatis eorum exordium. Hominibus etenim uxores habentibus *concubinas* vel liberas vel ancillas habere nec antiqua jura nec nostra concedunt.“

Es ist daher eine dieser Erweiterung des Begriffs von Concubinat ganz entsprechende Neuerung, wenn Justinian später bestimmt hat, daß, wenn Jemand mit einer Sclavin im Concubinat lebe und von ihr Kinder habe, er die letzteren legitimiren könne, wenn er entweder die Mutter freilasse und mit Errichtung von instrumenta dotalia heirathe, (in welchem Falle sich die Freiheit der Kinder von selbst verstehen solle,) oder die freigelassenen Kinder für die Curie bestimme[1]).

usque ad mortem suam volantate permanserit, nec quidquam de ejus statu dixerit, non modo libera efficitur tam ipsa, quam liberi, quos ex domini consuetudine peperit, sed et in libertatem eripiuntur, lucrifacientes peculium.“ S. auch Phot. l. c. (p. 1108. sq.) und Balsamon dazu (p. 1110.) — Uebrigens ist wohl aus jenen Constitutionen, in Verbindung mit der gleich zu erwähnenden Ausdehnung der Legitimation, die Stelle im Brachylogus I. 9. §. 17. zu erklären, wo es unter den Legitimationsarten heißt: „vel si matrem eorum, usque quo die defunctus est, in contubernio habuerit.“ Jedenfalls scheint diese Erklärung passender zu seyn, als die von Püttmann (bei Böcking p. LXIX. sq.)

1) Nov. XVIII. c. 11. LXXVIII. c. 4. — Nov. XXXVIII. c. 2. §. 1. LXXXIX. c. 2. §. 3. c. 6. —

Digitized by Google

Die Legitimation durch Reſcript ſcheint aber der Kaiſer bei ſolchen Concubinenkindern ausgeſchloſſen zu haben [1]).

Der Schluß in der Beweisführung Witte's bildet folgendes Argument:

6) „Endlich hat Leo der Weiſe in Nov. 91. den Concubinat gänzlich abgeſchafft; dennoch aber wird in den byzantiniſchen Rechtsbüchern noch nach wie vor von der Legitimation gehandelt. Harmenopul. l. c. V. 8. §. 67."

Wenn Witte hier die Aufhebung des Concubinats erſt Leo dem Weiſen und nicht ſchon dem Baſilius zuſchreibt, unter deſſen Namen ein derartiges Geſetz vorhanden iſt [2]), ſo hängt dies wohl mit ſeinen Anſichten über das Zeitalter des kaiſerlichen Prochiron [3]) und mit ſeinen Zweifeln an der Glaubwürdigkeit der kleinen Leunclaviſchen Sammlungen von Baſil's Novellen [4]) zuſammen. Ich meines Theiles kann weder jene Anſichten, noch dieſe Zweifel theilen, ſondern ſchließe mich in den angegebenen Beziehungen an Biener [5]) und Zachariä [6]) an, und behaupte demgemäß, daß bereits Baſilius den Concubinat gänzlich abgeſchafft, und Leo alſo dieſes Verbot nur wiederholt habe. Dadurch wird

1) Denn in Nov. LXXXIX. c. 9. heißt es: „εἴγε ἐξ ἐλευθέρας αὐτῷ γένοιντο;" man müßte denn dieſe Worte nicht als Bedingung der Legitimation, ſondern als Vorausſetzung zu den vorhergehenden Worten: „ἀποκαταστῆσαι . . . . τῇ ἄνωθεν εὐγενείᾳ" betrachten.

2) Bei Leunclav. Jus Gr. Rom. Tom. I. p. 87., und im Prochiron Basil-Constant. et Leon. IV. 26. (Zachariae p. 33. sq.), ſ. auch Harmenopul. IV. 7. §. 34. ed. Reitz (Meerm. Thes. Tom. VIII. p. 248.)

3) S. Rhein. Muſeum für Jurisprud. Bd. III. S. 71. f.

4) a. a. O. S. 67. f.

5) Beiträge zur Reviſion d. juſtin. Codex. Berlin 1833. S. 224. ff.

6) In der Ausgabe des Prochiron p. LIV. sqq. u. 34. not. 53. Vgl. auch G. E. Heimbach in d. kritiſchen Jahrbüchern für deutſche Rechtswiſſenſchaft, herausg. von Richter. Jahrg. 1837. H. 12. S. 1056. f.

Digitized by Google

aber natürlich der Stärke des obigen von Witte aufgestellten Arguments, falls dasselbe nur an sich richtig ist, nicht blos nichts entzogen, sondern sie muß vielmehr noch erhöht werden. Aber eben die Richtigkeit jenes Arguments kann ich nicht zugeben; es beruht dasselbe auf keiner nothwendigen Schlußfolgerung. Wenn ein byzantinischer Kaiser den Concubinat aufgehoben hat, die Legitimation aber auch nachher noch in byzantinischen Rechtsbüchern vorkommt, so folgt daraus keineswegs nothwendig, daß die letztere im älteren Recht nicht auf Concubinenkinder beschränkt gewesen sey, sondern wir sind ebensowohl berechtigt, daraus den Schluß zu ziehen, daß die Legitimation entweder nach wie vor auf Concubinenkinder beschränkt geblieben, oder auch auf andere uneheliche Kinder ausgedehnt worden sey. Nach meiner Ansicht sind nun allerdings Anfangs auch nach dem Verbot des Concubinats doch nur Concubinenkinder legitimirt worden [1]). Dies scheint mir daraus hervorzugehen, daß in den Basiliken die Lehre von der Legitimation durch nachfolgende Ehe aus dem achten Capitel der Novelle LXXXIX. noch so vorgetragen wird, daß dabei ausdrücklich ein Concubinat als nothwendige Voraussetzung angegeben wird [2]); denn höchst unwahrscheinlich ist es doch, daß bei der nach dem Verbot des Concubinats erfolgten Umarbeitung der Basiliken eine von der Legitimation der Concubinenkinder handelnde Stelle stehen geblieben seyn würde, wenn sie nicht mehr gegolten hätte. Später ist aber wohl eine Ausdehnung der Legitimation auch auf andere uneheliche Kinder erfolgt; wofür

1) Dies kann nicht auffallen, da auch das Erbrecht der Concubine und ihrer Kinder nach der Aufhebung des Concubinats noch gültig geblieben ist. S. z. B. Basil. Synops. XXXII. 2. (ed. Leunclav. p. 316.), Prochiron Basilii etc. XXX. c. 19. (ed. Zachariae p. 163.), Harmenopul. V. 8. §. 66.

2) Basil. XXVIII. 4. 18. (Fabrot. Tom. IV. p. 257. sqq.).

Digitized by Google

folgende Stelle in Balsamon's Commentar über das Concilium von Laodicea[1]) zu sprechen scheint:

„οἱ δὲ νόμοι τοὺς ἐκ πορνείας γεννηθέντας ὡς ἐκ νομίμου συναφείας λογίζονται, ἐὰν ὕστερον τὴν μητέρα αὐτῶν νομίμως ἀγάγηται ὁ πατήρ. καὶ ζήτει βιβλίου τῶν βασιλικῶν λβ'. τίτλον β'. ὅλον," κ. τ. λ[2]).

Seit der Aufhebung des Concubinats nun und der später in Folge derselben eingetretenen Erweiterung der Legitimation verlor sich ohne Zweifel auch die genaue Beobachtung des früheren Sprachgebrauchs in Bezeichnung der verschiedenen Arten unehelicher Kinder, da mit diesem Unterschied nicht mehr die ehemalige juristische Bedeutung verknüpft war. Daher mögen wohl die späteren Byzantiner unter den φυσικοί und νόθοι nicht mehr blos die Concubinenkinder, sondern uneheliche Kinder überhaupt verstanden haben, was eine Stelle von Thomas Magister, auf welche Reitz aufmerksam macht[3]), bestätigt:

1) Zu can. 1. in Beveregii Συνοδικον, Tom I. p. 453.

2) „Leges autem eos, qui ex fornicatione nati sunt, tanquam ex legitima conjunctione natos reputant, si pater eorum matrem postea legitime duxerit. Quaere libri XXXII. Basilic. tit. II. totum;" etc. (Uebersetzung von Beveridge.) Die Stelle, welche Balsamon hier aus den Basiliken citirt, ist jetzt nicht mehr echt vorhanden, sondern von Fabrot aus der Synopsis a. a. O. restituirt, und handelt in dieser Gestalt blos von dem Erbrecht der Concubinenkinder und ihrer Mutter. — Daß übrigens die Worte Balsamon's wirklich auf eine Ausdehnung der Legitimation deuten, und nicht blos etwa eine Bestätigung der Ansicht Witte's über den Umfang, welchen die Legitimation schon zu Justinian's Zeit gehabt habe, enthalten, geht daraus hervor, daß er ganz allgemein von Kindern ἐκ πορνείας spricht, während doch Witte die vulgo quaesiti von der Legitimation ausschließt. Freilich ist es die Frage, ob Balsamon sich hier genau ausgedrückt habe.

3) Ad Theophil. I. 10. §. 13. p. 107. not. k. Er citirt hier: „Thomas Mag. in Τρέφειν sub fin.;" vollständiger, als bei ihm, steht die Stelle bei Brisson. de v. s. ed. Heinecc. v. naturalis. Ich kann blos diese Mittheilungen Anderer wiederholen, da mir der angeführte Schriftsteller selbst nicht zugänglich gewesen ist.

Digitized by Google

„φυσικὸς υἱός, ὁ ἐκ πορνείας γεγονὸς τινι, ᾧ ἐναντίον ὁ γνήσιος, ᾧ πάλιν ἐναντίον ὁ νόθος, ὃν λέγουσιν υἱόθετον.“

Durch die im Vorstehenden enthaltene Widerlegung der sechs Argumente, welche Witte für seine Ansicht aufgestellt hat, ist zugleich die gewöhnliche Meinung: daß nach dem Justinianischen Rechte die Legitimation nur bei Concubinenkindern Statt gefunden habe, in ihrem Besitzstande hinlänglich geschützt worden. Es bedarf daher einer weiteren Ausführung zu ihrer Rechtfertigung nicht. Nur ein Argument für dieselbe, auf welches schon oben in einer Beziehung aufmerksam gemacht worden ist, mag hier, weil es gerade bei der Frage über eine Neuerung Justinian's von großem Gewichte ist, noch besonders hervorgehoben werden. Eine so bedeutende Veränderung des geltenden Rechts, wie die Ausdehnung der Legitimation auf andere uneheliche Kinder, als die mit einer Concubine erzeugten, gewesen seyn würde, hätte in der damaligen Zeit nur durch das Organ der Gesetzgebung vermittelt werden können. Wäre sie nun durch diese wirklich eingetreten, so würde sich in der That gar nicht begreifen lassen, wie Justinian, dieser unermüdliche Herold seiner gesetzgeberischen Thätigkeit, einen so durchgreifenden Act derselben nur stillschweigend, — indem er für naturales in seinen Griechischen Gesetzen νόθοι in der von Witte behaupteten Bedeutung gesetzt, — hätte vornehmen, ihn aber nirgends ausdrücklich erwähnen sollen. Dies würde um so unbegreiflicher seyn, als Justinian in der Novelle LXXXIX., seinem Hauptgesetz über die Legitimation, die gesammte frühere Gesetzgebung über dieselbe umständlich und genau referirt.

Nach Aufstellung der bisher besprochenen Argumente bemerkt Witte noch: „Wann die falsche Meinung, daß auch im neuesten Justinianischen Recht nur Concubinenkinder hätten legitimirt werden können, aufgekommen ist, weiß ich nicht; doch findet sie sich schon bei Azo Summa Cod. h. t.,

Digitized by Google

während noch der sogenannte Brachylogus I. 9. die richtige Ansicht hat."

Nicht blos Azo und überhaupt die Glossatoren [1]) folgen der von Witte als falsch bezeichneten Lehre, sondern diese findet sich, abgesehen vom Brachylogus, auch in sämmtlichen Zeugnissen über das römische Recht aus der Nachjustinianischen Zeit bis auf die Glossatoren. Besonders merkwürdig ist in dieser Hinsicht eine Stelle in Petri exceptiones [2]), in welcher nach Anleitung von Julian's Novellenauszug [3]) die Legitimation durch nachfolgende Ehe so dargestellt wird:

„Si quis *concubinam* duxerit uxorem, ex qua filios habuerit *naturales*, et qui ante nuptias nati sunt, et qui postea nascuntur, omnes efficiuntur *legitimi*, et patris subjiciuntur potestati, ... "

Ebenso werden die von der Legitimation handelnden Stellen von Julianus, in welchen, wie schon oben gezeigt wurde, nur von Concubinenkindern die Rede ist, in den Sammlungen Ivo's [4]) gerade mit dieser Beziehung auf liberi naturales wieder gegeben. Auch die Longobardische Lehnrechtssammlung [5]) gedenkt nur der naturales filii als

1) S. z. B. Gloss. ad §. 13. J. de nupt. I. 10., ad pr. J. de adopt. I. 11. v. *naturales*, ad §. 1. J. de hered., q. ab int. III. 1. u. s. w.

2) I. c. 41. in v. Savigny's Geschichte d. röm. Rechts im Mittelalter Bd. 2. S. 342. (2. Ausg.)

3) XXXII. c. 3.

4) Decret. VIII. c. 36. XVI. c. 140. 141. Panuorm. VI. f. 127.

5) II. F. 26. §. 10.: „*Naturales* filii, licet postea fiant legitimi, ad successionem feudi nec soli, nec cum aliis admittuntur." Freilich ist es sehr zweifelhaft, ob diese Stelle wirklich eine Spur des römischen Rechts enthalte, wie Dieck Literärgesch. des Longobard. Lehnrechts S. 190. Anm. 1. behauptet, da auch schon die Lombarda II. 1. c. 8. u. 9. die Legitimation kennt, und dabei in der letzteren Stelle ebenfalls *naturales* erwähnt. Vgl. Laspeyres üb. d. Entstehung und älteste Bearbeitung der Libri feudorum S. 204. f. Doch könnte der Grund hiervon immerhin auch in dem Einflusse römischer Rechtsideen liegen.

Digitized by Google

ſolcher, bei welcher die Legitimation eintrete. — Unter allen jenen Zeugniſſen iſt es ſonach nur der Brachylogus, welcher der von Witte vertheidigten Anſicht günſtig zu ſeyn ſcheint. Aber wie ſchon der Umſtand, daß er hierin ſo vereinzelt daſtehen würde, gegen ſeine Angaben mißtrauiſch machen muß, ſo dürfte auch eine nähere Betrachtung der Stelle zu dem Reſultate führen, daß nur Irrthum und Ungſchicktheit des Compilators an der Uebereinſtimmung ſeiner Darſtellung mit jener Anſicht Schuld ſind. Die Stelle lautet in der zu ihrer Beurtheilung nöthigen Vollſtändigkeit ſo:

Tit. VIII. §. 6. „Liberorum autem alii civiles et naturales, alii naturales tantum, alii civiles tantum.“ §. 7. „Civiles et naturales sunt, quos ex justis nuptiis procreamus“ . . . . . Tit. IX. §. 5. „Naturales tantum sunt vulgo concepti, qui et spurii dicuntur.“ §. 6. „Horum autem alii jure civili prohibiti, alii vero incogniti.“ §. 7. „Prohibitorum alii incesti, alii alia macula infamiae aspersi;“ §. 8. „incesti sunt, qui contra foedus sanguinis fiunt;“ §. 9. „alia infamiae macula aspersi veluti hi, quorum mater non transacto anni spatio a morte prioris mariti secundis nuptiis se funestaverit, ...“ §. 12. „Jure autem civili non cogniti sunt hi, quorum parentes justas inter se nuptias contraxisse potuerunt;“ §. 13. „hi etiam civiles fieri possunt, si vel curiae dentur;“ §. 14. „vel post nativitatem eorum inter parentes aliquo tempore dotalia instrumenta conficiantur; . . . . . .“ §. 18. „Civiles tantum sunt hi, quos adoptamus.“

Hier werden alſo ausdrücklich die naturales durch vulgo concepti oder spurii erklärt, und von ihnen bemerkt, daß ſie durch Legitimation civiles werden können [1]). Dieſer letztere

1) Ganz übereinſtimmend iſt ſonach auch dieſe Lehre des Brachylogus nicht mit der Anſicht Witte's; denn dieſer hält die vulgo quaesiti nicht für legitimationsfähig.

Digitized by Google

in den römiſchen Quellen zur Bezeichnung legitimer Kinder nicht vorkommende Ausdruck leitet uns aber auf die Spur, durch deren Verfolgung wir zur Einſicht in die Entſtehung der obigen Darſtellung gelangen können. In den Inſtitutionen [1]) fand nämlich der Compilator den Gegenſatz zwiſchen ehelichen und unehelichen Kindern hervorgehoben, und unter den letzteren wiederum die vulgo concepti oder spurii, die in prohibitae nuptiae erzeugten und die naturales unterſchieden. In den Pandecten [2]) aber las er, daß die Verwandtſchaft entweder eine naturalis per se ſey, welche unter den vulgo concepti Statt finde, oder eine civilis per se, welche durch Adoption herbeigeführt werde, oder eine utroque jure concurrente et naturali et civili entſtandene ſey, welche in einer rechtmäßigen Ehe ihren Grund habe. Beide Lehren combinirte er nun, indem er das Wort civiles zu der Bezeichnung der rechtmäßigen Kinder annahm, naturales aber für die unehelichen gebrauchte; und, ohne zu überlegen, daß der letztere Ausdruck in der Zuſammenſetzung mit cognatio eine viel weitere Bedeutung habe, als da, wo er mit liberi verbunden iſt, übertrug er das, was nach der erſtern Stelle von den liberi naturales gilt (die Legitimation), auf diejenigen, deren Verwandtſchaft in der Pandectenſtelle cognatio naturalis per se genannt wird. Eine ſolche durch Mißverſtändniſſe veranlaßte Darſtellung kann nun aber natürlich nicht als Zeugniß einer Rechtsanſicht gelten.

2) §. 12. 13. J. de nuptiis I. 10.

1) L. 4. §. 2. D. de grad. et affin. XXXVIII. 10. (Modestin. l. XII. Pandect.): „Cognationis substantia bifariam apud Romanos intelligitur. Nam quaedam cognationes jure civili, quaedam naturali connectentur; nonnunquam utroque jure concurrente, et naturali et civili, copulatur cognatio. Et quidem naturalis cognatio per se sine civili cognatione intelligitur, quae per feminam descendit, quae vulgo liberos peperit. Civilis autem per se, quae etiam legitima dicitur, sine jure naturali cognatio consistit per adoptionem. Utroque jure consistit cognatio, quum justis nuptiis contractis copulatur . . . . . “

Digitized by Google

Wie nach den obigen Untersuchungen die gewöhnliche Meinung, nach welcher das Justinianische Recht nur eine Legitimation der Concubinenkinder kennt, als die richtige erscheint, so müssen auch die bisherigen Ansichten über den Ursprung der Erweiterung der Legitimation auf andere uneheliche Kinder beibehalten werden. Es ist dieser Ursprung also im Canonischen Rechte zu suchen [1]). Die Gründe, aus welchen gerade dieses Recht eine solche Erweiterung sanctionirte, lassen sich zur Genüge aus dem Geiste desselben nachweisen. Hauptsächlich war es die Canonische Ansicht von der Verwerflichkeit des Concubinats, welche einem Vorzug der Concubinenkinder rücksichtlich der Legitimation entgegentrat, und die Fähigkeit zu derselben auch anderen unehelichen Kindern mitzutheilen nöthigte [2]); sodann wirkte hierauf bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe insbesondere auch noch die Sacramental-Eigenschaft der Ehe, welche die Legitimität der vor derselben von den Ehegatten mit einander erzeugten Kinder als eine nothwendige, von selbst eintretende Wirkung des Ehebündnisses erscheinen ließ [3]). Obwohl nun aus diesen Gründen die Legitimationsfähigkeit der spurii und vulgo quaesiti von der Kirche schon im zwölften Jahrhundert ausgesprochen, und seitdem von den Juristen und in der Praxis anerkannt wurde [4]), so behaupteten doch merkwürdiger Weise

1) c. 1. 6. 13. X. qui filii sint legitimi IV. 17.

2) S. Berardi Commentaria in jus ecclesiast. universum Tom. III. (Venet. 1778.) Diss. VI. qu. 2. p. 174. sq., Walter Lehrb. d. Kirchenrechts §. 307. 327. (4. Aufl.) Mayer das Intestaterbrecht d. liberi natural. nach d. heut. röm. Recht (Tübing. 1838.) S. 20. ff. 57. f.

3) c. 6. X. cit. (Alexander III.): „*Tanta est vis matrimonii*, ut, qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur." Ursprünglich (App. Lat. conc. XXXIII. 1.) hieß es: „Tanta est vis *sacramenti*" etc. Vgl. Mansi Sacr. conciliorum nova collectio Tom. XXII. p. 388. S. auch Berardi l. c. p. 175.

4) S. z. B. Panormitanus in lib. Decretal., qui filii sint legitimi, c.

die römischen Ansichten ihre Auctorität immer noch so sehr, daß selbst einzelne Juristen der späteren Zeit die Legitimation auf Concubinenkinder beschränken zu müssen glaubten [1]).

II. Ueber zwei Gründe, aus welchen angeblich nur filiifamilias ihre Adscendenten enterben können.

Für die väterliche Gewalt gebraucht Justinian [2]) gewöhnlich den Ausdruck ἐξουσία, und zwar bald τοῦ γονέως ἐξουσία [3]), bald ἑτέρου oder ἑτέρων ἐξουσία [4]). Dieser Ausdrucksweise entspricht nun auch die Bezeichnung der filiifamilias, welche regelmäßig durch das Wort ὑπεξούσιοι geschieht [5]); außerdem findet sich aber auch der Ausdruck σοῦοι oder suoi theils für filiifamilias überhaupt, theils für sui heredes insbesondere [6]). Andere Ausdrücke kommen zur speciellen Bezeichnung der filiifamilias bei Justinian durchaus nicht vor, wohl aber werden dieselben allerdings unter

---

Tanta, nr. 12., Rolandinus de Passageriis de success. ab intestato nr. 30. (in Tractatus selecti) u. A. m. — Ein Legitimationsrescript von Conrad IV., welches sich auf spurii bezieht, s. bei Goldast. Statuta et rescripta Imper. Tom. III. p. 398.

1) Der Kürze wegen berufe ich mich auf Mayer a. a. O. S. 59. Anm. 44. und auf die von demselben S. 47. ff. angeführten Schriftsteller.

2) Wenn gleich die folgenden Bemerkungen sich zunächst nur auf den Sprachgebrauch Justinian's beziehen, so möge doch im Allgemeinen hier versichert werden, daß auch die späteren byzantinischen Kaiser und Juristen sich auf dieselbe Weise ausdrücken.

3) Nov. CXXIII. c. 4.

4) Nov. LXXXI. praef. u. c. 3.

5) Nov. XII. c. 4. ex. XVIII. c. 4. 11., XXII. c. 18. 19. 38. ex. 27., LXXIV. c. 1. 2., LXXXI. c. 1., LXXXIX. c. 9. 11., XCVII. c. 5. 6. §. 1., CXVII. c. 1. pr. §. 1. c. 13. Den Gegensatz, die von der Gewalt unabhängigen Kinder, bezeichnet das Wort: αὐτεξούσιοι. Nov. XII. c. 2., XXII. c. 18. 24. ex., LXXXI. XCVII. c. 5. 6. pr. CXXIII. c. 4., CLIX. praef.

6) Nov. XVIII. c. 4. 11., CVII. praef.

Digitized by Google

dem Collectivnamen παῖδες, oder ἴδιοι παῖδες[1]), oder οἰκεῖοι παῖδες[2]) mitbegriffen. Die beiden letzteren Ausdrücke bedeuten nämlich überhaupt eigene Kinder, niemals werden sie gebraucht, um vorzugsweise Hauskinder zu bezeichnen.

Durch die sorgfältige Berücksichtigung dieses Sprachgebrauchs ist unter Anderem die richtige Beurtheilung zweier von Justinian festgesetzten Enterbungsursachen bedingt. Es soll nämlich der Vater enterbt werden können[3]):

„Εἰ ὁ πατὴρ τῇ ἰδίᾳ νυμφῃ, ἢ τῇ παλλακίδι τοῦ οἰκείου παιδὸς συμμιγείη."

Ein Grund zur Enterbung beider Eltern ist es aber[4]):

„Εἰ οἱ γονεῖς τοὺς ἰδίους παῖδας διαθήκας ποιῆσαι κωλύσειαν ἐν τοις πράγμασιν, ἐν οἷς ἔχουσιν ἄδειαν τοῦ διατίθεσθαι."

Man hat beide Enterbungsursachen früher stets so verstanden, daß man dabei an eigene Söhne oder Kinder überhaupt, nicht an Hauskinder gedacht hat. In der neueren Zeit ist aber diese gewöhnliche Ansicht von v. Buchholtz[5])

---

1) Dieser Ausdruck wird von eignen Kindern überhaupt in Bezug auf beide Eltern in Nov. XCVIII. c. 2. pr. u. CXXIII. c. 41., in Bezug auf den Vater aber in Nov. II. c. 3. pr., CXVII. c. 2. 15., CXXIII. c. 37. gebraucht.

2) Dieser Ausdruck kommt von eignen Kindern überhaupt bald im Verhältniß zu beiden Eltern vor, s. Nov. XXII. c. 46. pr., LXXVI. praef., XCVII. c. 6. in., bald in Bezug auf den Vater, s. Nov. XXII. c. 41., LXXXVII. c. 1., CVII. c. 3., CVIII. praef., CXXXVI. c. 2., bald endlich in Bezug auf die Mutter, s. Nov. II. c. 3. §. 1., XCIV. c. 2., CLV. c. 1.

3) Nov. CXV. c. 4. §. 3. Die Vulgata hat: „Si pater nurui suae, aut concubinae *filii sui* sese immiscuerit."

4) Nov. cit. c. 4. §. 4. In der Vulgata heißt es: „Si parentes *filios suos* testamentum condere prohibuerint in rebus, in quibus habent testandi licentiam."

5) Juristische Abhandlungen aus dem Gebiete des heutigen römischen Rechts (Königsberg 1838.) S. 141.

Digitized by Google

verworfen worden, indem er jene Gründe der Enterbung lediglich auf Hauskinder bezogen, und demgemäß die ersteren so ausgedrückt hat: „Wenn der Vater mit der Frau oder mit der Maitresse seines Haussohnes sich einläßt," die zweiten aber so: „Wenn die Eltern ihre Hauskinder über die Sachen, über welche sie testiren dürfen, ein Testament zu machen, zu verhindern suchen." Er hat sich dabei, wie es scheint, nur auf eine vermeintliche Bedeutung der Ausdrücke οἰκεῖος und ἴδιος παῖς gestützt, und zur Erklärung der Beschränkung dieser Enterbungsgründe auf Hauskinder bemerkt: „Vielleicht hing dies mit den umfassendern Rechten oder der größeren Nähe des Vaters zu den Hauskindern zusammen." Gegen diese Ansicht habe ich mich alsbald, nachdem sie aufgestellt worden war, erklärt [1]), indem ich nachwies, daß sowohl οἰκεῖος als ἴδιος παῖς überhaupt suus oder proprius filius, nicht aber filiusfamilias bedeute. Auch bemerkte ich noch rücksichtlich des ersteren Enterbungsgrundes, daß sich eine Beschränkung desselben auf den Haussohn schon deshalb nicht annehmen lasse, weil Justinian dann verschiedene Bestimmungen über die fleischliche Vermischung mit der Schwiegertochter, die er schlechthin, also auch wenn ihr Mann nicht filiusfamilias wäre, verbietet [2]), und mit der Concubine getroffen haben würde [3]). In Be-

1) In den Anmerkungen zu der Uebersetzung der Nov. CXV. in dem Corpus juris civilis in's Deutsche übersetzt u. s. w. Bd. 7. (Leipzig 1833.) S. 541. f.

2) Von Buchholtz und Diejenigen, welche seiner Ansicht folgen, geben freilich die Worte Justinian's nicht richtig so wieder: „der Vater mit der Frau oder mit der Maitresse seines Haussohnes;" es müßte, wenn jene Ansicht zu billigen wäre, doch jeden Falls heißen: der Vater mit seiner Schwiegertochter, oder mit der Concubine seines Haussohnes. Denn νύμφη heißt hier die Schwiegertochter (Theophil. I. 10. §. 6.), nicht aber, wie bei den Griechischen Classikern, die Frau; dies ergiebt sich schon aus dem Beiwort ἴδια.

3) Auch noch eine andere Incovenienz würde durch die Annahme der Mei-

Digitized by Google

zug auf die zweite obige Enterbungsursache fügte ich aber noch hinzu, daß aus dem Zusatz: ἐν τοῖς πράγμασιν, ἐν οἷς ἔχουσιν ἄδειαν τοῦ διατίθεσθαι, allerdings hervorzugehen scheine, daß Justinian zunächst an Hauskinder gedacht habe, obwohl dadurch die übrigen nicht ausgeschlossen seyen, ebenso wie im §. 7. desselben Capitels der angeführten Novelle. Der Ort, wo ich diese Erklärung gegen v. Buchholtz ausgesprochen habe, mag wohl daran Schuld seyn, daß dieselbe gänzlich unbeachtet geblieben ist. Denn trotz derselben hat die von v. Buchholtz aufgestellte Ansicht nicht blos sofort bei Mackeldey [1]) Eingang gefunden, sondern sie ist auch, wenigstens in Betreff des ersteren oben angegebenen Enterbungsgrundes, von Mühlenbruch [2]) angenommen worden. Der Letztere hat nämlich zwar die Beschränkung des zweiten Enterbungsgrundes auf Hauskinder gemißbilligt, theils weil diese nicht durch ἴδιοι παῖδες bezeichnet würden, theils weil, wenn gleich der Satz: ἐν τοῖς πράγμασιν u. s. w. beweise, daß der Gesetzgeber auch die Hauskinder vor Augen gehabt, dadurch doch ein argumentum a contrario noch keineswegs gerechtfertigt werde, — also aus denselben Gründen, welche auch von mir geltend gemacht worden waren. Dagegen hat Mühlenbruch sich mit v. Buchholtz darin einverstanden erklärt, daß dieser die erstere unter den obigen zwei Enterbungsursachen nur auf den Hausſohn bezogen wissen will, und als Grund unter Berufung auf das

nung v. Buchholtz's entstehen. Denn dann würde zwar, wenn ein Sohn mit der Frau oder Concubine seines Vaters Unzucht getrieben hätte, der Vater ihn jeden Falls enterben können, möchte der Sohn ein filiusfamilias seyn oder nicht (Nov. CXV. c. 3. §. 6.), während der Vater wegen Unzucht mit der Concubine des Sohnes von diesem nur dann enterbt werden könnte, wenn der letztere ein filiusfamilias wäre.

1) Lehrbuch des heutigen Röm. Rechts. Bd. 2. §. 660. unter Nr. B. 3. u. 4.

2) Fortsetzung von v. Glück's ausführl. Erläuterung der Pandecten, Bd. 37. S. 168. f. unter Nr. 3. u. 4. und Lehrbuch des Pandekten-Rechts Bd. 3. §. 683. unter Nr. II. 3. u. 4.

Digitized by Google

Glossarium Theophilinum angegeben, weil οἰκεῖος bei den Juristen allemal den Suus bedeute. Allein da dieser Ausdruck bei Justinian, wie oben nachgewiesen wurde, niemals insbesondere das Hauskind, sondern stets im Allgemeinen das eigene Kind bezeichnet, so würde ein abweichender Sprachgebrauch der Juristen, wenn er wirklich Statt fände, hier jeden Falls kein entscheidendes Argument abgeben können. Nun aber existirt ein solcher Sprachgebrauch überall nicht, und wird auch durch das Reitzische Glossarium zum Theophilus durchaus nicht gerechtfertigt. Denn hier heißt es [1]):

„Οἰκεῖος *proprius, suus* ICtis Graecis perpetuum. ὑποστρέψας ὁ πατὴρ ἀναλήψεται τοὺς παῖδας ὑπὸ τὸ οἰκεῖον *in potestate* I, 12: 227. (§. 5.) sed Pith. lect. ignorat ὑπὸ τὸ οἰκ. Ποιεῖν τὰ οἰκεῖα I, 12: 213. (§. 8.) *vim suam exserere.*“

Reitz stimmt also mit der von mir gemachten Bemerkung, daß οἰκεῖος eigen, sein, bedeute, ganz überein, und diese Bedeutung findet sich denn auch in den von ihm angeführten Beispielen wieder. Das zweite bedarf keiner näheren Erörterung, da in ihm gar nicht von Kindern die Rede ist. Was aber das erste betrifft, so könnte dieses auf den ersten Anblick zwar als der entgegengesetzten Ansicht günstig erscheinen; allein bei genauerer Betrachtung ergiebt sich, daß τὸ οἰκεῖον zu in potestate gehört, und sich also gar nicht auf die Kinder bezieht, indem die Stelle so zu verstehen ist: der Vater wird nach der Rückkehr die Kinder wieder in seine Gewalt zurücknehmen.

Somit kann nur die früher herrschende Ansicht als die richtige angesehen werden. Unter unseren neueren Compen-

1) Reitzii Glossarium Theophilinum (hinter der Ausgabe des Theophilus) v. οἰκεῖος p. 1282. b.

dien ist das von Puchta[1]) das einzige, welches derselben treu geblieben ist. Fritz[2]) dagegen ist der Ansicht Mühlenbruch's gefolgt, und Roßhirt[3]) hat, ohne von der letzteren irgend eine Notiz zu nehmen, die beiden Enterbungsgründe so stehen lassen, wie er sie von Mackeldey nach der von v. Buchholtz aufgestellten Meinung angegeben fand[4]).

---

1) Lehrbuch der Pandekten §. 485. Anmerk. unter Nr. B. 3. 4. S. 544.

2) In der fünften Auflage des Lehrbuchs des gem. Civilrechtes von v. Wening-Ingenheim, Bd. 3. §. 492. (§. 443.)

3) In der elften Ausgabe des Lehrburchs des heut. röm. Rechts von Mackeldey a. a. O.

4) Die von mir schon früher gegen v. Buchholtz vertheidigte gewöhnliche Ansicht finde ich jetzt auch von G. E. Heimbach in seiner so eben erschienenen Ausgabe des Athanasius (in den Prolegomena cap. VI. unter Nr. VIII. p. XCIX. sq.) gegen den genannten Gelehrten und gegen Mühlenbruch in Schutz genommen. Neue Argumente von Heimbach sind, außer dem Sprachgebrauch des Athanasius, noch theils die Art, wie Julianus die erstere von den obigen Enterbungsursachen wiedergiebt (const. 107. cap. 375. [5.]: „si pater cum nuru sua vel concubina *filii sui* commixtus fuerit"), theils die Art, wie dies Athanasius thut (tit. 7. const. 5., wo blos τῇ παλλακῇ τοῦ παιδὸς steht). Hierzu füge ich noch, daß in dem Prochiron Basilii etc. XXXIII. 21. (ed. Zachariae p. 186.) statt der Worte der Novelle: „τοῦ οἰκείου παιδὸς," gesetzt ist: „τοῦ ἰδίου παιδὸς." Uebrigens möge nachträglich noch bemerkt werden, daß Julian a. a. O. auch den zweiten der obigen Enterbungsgründe im Einklang mit der gewöhnlichen Ansicht so ausdrückt: si parentes *liberos suos*" etc., und daß auch Athanasius a. a. O. hierbei ebenfalls nur „τοὺς παῖδας" sagt.

XI.

Zur Lehre von den bedingten Erbeseinsetzungen, namentlich den Substitutionen, oder über die L. 40. u. 41. D. de hered. instit. (28, 5.).

Von dem

Herrn Professor Dr. *F. Huschke* in Breslau.

Es gehört zu den niederschlagenden Erscheinungen auf dem Gebiete der Literärgeschichte, daß eine ausgesprochene Wahrheit oder die gelungene Lösung einer Schwierigkeit oft blos deshalb übersehen oder später vergessen wird, weil sie, um zum überzeugenden Verständniß zu gelangen, ein angestrengtes Denken voraussetzt, und umgekehrt manche irrige Meinungen ihre viele Jahrhunderte hindurch behauptete Herrschaft keinem anderen Verdienste zu verdanken haben, als daß zu ihrer Aneignung ein geringes Maaß von Denkkraft hinreichte. Erhebend ist es aber auch wieder zu sehen, wie Cicero's Spruch opinionum commenta delet dies, naturae judicia confirmat, am Ende auch in solchen Fällen sich bewährt, und es in der That keinen Funken von Wahrheit giebt, der nicht zuletzt aus der Asche des Irrthums, die ihn lange verdeckte, siegreich hervorglänzte.

Einen Beleg zu diesen Bemerkungen soll die nachstehende Abhandlung über die L. 40. u. 41. D. de hered. instit. liefern, die zu den schwierigsten Stellen der Pandekten gehören

Digitized by Google

und wie Otto[1]) ſagt, ein scopulus ſind, ad quem multi infeliciter naufragium fecerunt.

I. Feſtſtellung der Schwierigkeit.

Wir ſchreiben erſt die Stellen ſelbſt her:

L. 40. D. cit.[2]).

Julianus lib. 30. Digestorum. — Si paterfamilias Titium, quem ingenuum esse credebat, heredem scripserit, eique, si heres non esset, Sempronium substituerit, dein Titius, quia servus fuerat, iussu domini adierit hereditatem potest dici, Sempronium in partem hereditatis admitti. Nam qui scit, aliquem servum esse, et eum heredem scribit, et ita substituit: *si Stichus*[3]) *heres non erit, Sempronius heres esto,* intelligitur tale quid[4]) dicere: si Stichus neque ipse heres erit, neque alium fecerit[5]). At qui eum[6]), quem liberum putat esse[7]), heredem scripserit, hoc sermone: *si heres non erit,* nihil aliud intelligitur significare, quam si hereditatem vel sibi adquisierit[8]), vel mutata conditione alium heredem non fecerit: quae adiectio ad eos per-

1) Thesaur. jur. Rom. Tom. V. praef. p. 20.

2) Haloander zieht die in den gewöhnlichen Ausgaben als L. 39. u. 40. unterſchiedenen Stellen (mit Auslaſſung der Inſcription der L. 39.) noch mit zu L. 38., ſo, daß ſeine Ausgabe überhaupt zwei Stellen weniger in dieſem Titel zählt, als die übrigen.

3) Die Vulgata hat offenbar irrig Titius.

4) Flor.: quod.

5) Vulg.: alium heredem fecerit.

6) Hal.: Atqui si eum — wohl nicht richtig.

7) Hal.: liberum putabat und ohne esse.

8) Hal. ſchiebt ein non vor acquisierit ein, was auch nach dem Sinne durchaus erforderlich iſt. Jauch. de negat. Pandect. p. 27. 256. — Vonck Spec. crit. in var. auct. et obs. miscell. p. 123. und Püttmann. Probab. I, 16. p. 114. wollen die Negation nur aus dem folgenden Satze hier ſtillſchweigend mit verſtehen, was aber ſprachwidrig iſt.

Digitized by Google

tinet, qui patresfamilias heredes scripti, postea in servitutem deducti fuerint. Igitur in hoc casu semisses[1]) fient, ita ut alter semis inter eum, qui dominus instituti heredis fuerit, et substitutum, aequis portionibus, dividatur.

L. 41. D. eod.

Pomponius lib. 12. ex variis lectionibus. — Et hoc Tiberius Caesar constituit in persona Parthenii[2]), qui tanquam ingenuus heres scriptus, adierat hereditatem, cum esset Caesaris servus: nam divisa hereditas est inter Tiberium et eum, qui Parthenio substitutus erat, ut refert Sextus Pomponius[3]).

Sogleich hinzuzunehmen iſt §. 4. J. de vulg. substit. (2, 15.), die offenbar denſelben Fall behandelt und ganz eben ſo entſcheidet:

---

1) Hal. et Vulg.: duo semisses. Jedenfalls muß duo verſtanden, kann aber dem Ausdruck nach entbehrt werden.

2) Hal.: Parthemii und nachher Parthemio, wohl durch Druckfehler.

3) Hal.: Pompeius, was auch Dirkſen Beiträge S. 8. billigt. Allein ein Juriſt Ser. Pompeius aus jener Zeit iſt nicht bekannt. Da es aber ſonderbar herauskommt, daß Ser. Pomponius ſich ſelbſt citirt haben ſollte, (was ohne Zweifel Haloander zu ſeiner abweichenden Lesart beſtimmt hat) ſo muß man wohl annehmen, daß die L. 41. urſprünglich noch zu L. 40. gehört hat, daß es alſo Julianüs iſt, der Alles dieſes ausſagt, wofür auch die ganze Beſchaffenheit der beiden Stellen im Verhältniß zu einander ſpricht, und daß die Compilatoren nur durch das Citat (ut refert Sex. Pompopius) veranlaßt worden ſind, in Pomponius nachzuſchlagen, und da ſie bei ihm die citirte Stelle in den variae lectiones gefunden hatten, ſeinen Namen, als des materiellen (aber nicht formellen) Verfaſſers der Stelle, ihr voranzuſchreiben. Wie dieſe Bemerkung für die Erklärung der Stelle ſelbſt wichtig ſey, wird ſich ſpäter zeigen. — Cuiacius, A Auguſtinus und Andere führen unſere Stelle unter den Beweiſen für die Meinung an, daß es zwei Pomponii gegeben habe. Vgl. Zimmern Geſch. des Röm. Privatrechts §. 92. Anm. 5 . . . 8. — Dirkſen a. a. O. ſucht in unſerer Stelle und in L. 32. pr. D. de leg. I., welche ebenfalls für die Exiſtenz zweier Pomponii angeführt wird, durch Emandation zu helfen.

Digitized by Google

Si servum alienum patremfamilias arbitratus heredem scripserit, et, si heres non esset, Maevium ei substituerit, isque servus iussu domini adierit hereditatem. Maevius in partem admittitur. Illa enim verba, *si heres non erit*, in eo quidem, quem alieno juri subjectum esse testator scit, sic accipiuntur: si neque ipse heres erit, neque alium heredem effecerit; in eo vero, quem patremfamilias esse arbitratur, illud significant: si hereditatem sibi eive, cujus juri postea subjectus esse coeperit, non acquisierit. idque Tiberius Caesar in persona Parthenii servi sui constituit.

Der fragliche Fall iſt alſo dieſer: Jemand hatte den Parthenius, von dem er, was bei kaiſerlichen Sclaven ſo leicht möglich war, irrig glaubte, er ſey ein Freigeborner (oder doch überhaupt ein Freyer)[1] zum Erben eingeſetzt, und ihm auf den Fall, daß er nicht Erbe werden würde, den Sempronius d. h. irgend einen Dritten ſubſtituirt. Nach Eröffnung des Teſtaments ergab es ſich, daß Parthenius nicht frei, ſondern Sclav des Kaiſers Tiberius ſey[2], und dieſer ließ ihn für ſich eintreten. Es

1) Schon die Gloſſe ad L 40. bemerkt zu dem Worte ingenuum mit Recht: idem esset et si libertum. Denn es kommt hier nur darauf an, ob der Eingeſetzte für ſich oder für einen Andern erwirbt; daher auch von einem filiusfamilias, den der Teſtator für einen homo sui juris gehalten hatte, daſſelbe gelten würde.

2) In der Inſtitutionenſtelle haben viele Handſchriften ſtatt Tiberius Titus, eine auch Pius, in noch anderen fehlt der Name. In den Handſchriften des Theophilus ſteht theils Θειότατος-Πῖος, theils ſtatt des letztern Namens Ἀντωνῖνος, was wohl urſprünglich nur eine Gloſſe zu Pius geweſen iſt, theils endlich Τιβέριος. Schrader ad §. 4. J. cit. p. 328. Reiz ad Theophil. II, 15. §. 4. Daher man nun viel über die richtige Lesart und das eigentliche Zeitalter des Parthenius geſtritten hat, welches letztere für die dogmatiſche Beurtheilung des Falles nach den Anſichten Mancher über den letztern nicht ohne Intereſſe ſeyn würde. Einige ſetzen ihn unter Tiberius, Andere

fragte sich nun, ob auch Sempronius, der Substitut, zur Erbschaft berufen sey? Das Ganze konnte der Substi-

unter Titus, noch Andere unter Pius. Man vgl. besonders Alciat. Dispunct. 1, 2. Vigl. Zuich. Comm. ad §. 4. J. cit. Gundling in den Gundlingian. p. 30. art. 3. und in der Reizischen Ausg. des Theophil. Exc. XIV. (Tom. II. p. 1202-. .;. 4.) und Schrader ad §. 4. J. 2, 15. p. 328. Die Lesart Tiberius wird wohl theils durch L. 41. cit. theils durch den gerade bei diesem Kaiser gewöhnlichen Zusatz Caesar außer Zweifel gesetzt. Auch konnte aus der Abkürzung Ti. leicht Titus, welches bekanntlich mit bloßem T. bezeichnet wird, und Pius (geschrieben Pi') werden. Auch sagt man wohl mit Unrecht (z. B. auch nach Schrader l. c.), daß wir diesen Parthenius als Sclaven des Tiberius sonst nicht kännten. Sehr wahrscheinlich bezieht sich auf ihn folgende Inschrift bei Gruter. 582, 9.

M. ULPIO. ERIDANO
AVG. L. AVRO. ES
CARIO. PRAEPOSITO
ARION. CAESARIS. N. AVES
TE MATVTINA. PARTENI
VS. CAESARIS. N. AB ARGENTO
POTORIO. PARTENIVS. CAE
CILI. EVTYCHI. FRATRES
BENEMERENTI. FEC.

Ohne Grund schließt Gundling, der auch schon diese Inschrift anführt, aus dem, auch bei heidnischen Inschriften gar nicht seltenen, Fehlen des D. M. zu Anfange, daß sie von Christen herrühren müsse, und aus der Erwähnung des Eutychius, des Herrn des zweiten, hier vorkommenden Parthenius, (nicht dieses selbst, wie Gundling irrig annimmt,) daß die Inschrift aus der Zeit des Caracalla sey, weil — unter diesem auch ein Eutychius vorkomme: als wenn dieser Name nicht unter den Kaisern sehr häufig gewesen wäre! Vielmehr geht daraus, daß der Grabstein dem M. Ulpius Eridonus, dem Freigelassenen des Augustus, (welcher Name allein gesetzt, wie schon Reiz bemerkt hat, stets nur den ersten römischen Kaiser bezeichnet,) Verwalter des Gold Servica's, und Rechnungsführer (A R. ION. d. i. a rationibus) — beides nehmlich bei Augustus — und (nach dessen Tode) bei dem regierenden Kaiser (Caesaris Nostri) Aufseher über dessen Mergenkleidung gesetzt war, hervor, daß die beiden Sclaven, welche ihn setzten, (denn daß sie Sclaven waren, zeigt der bloße Genitiv Caesaris nostri und Caecili Eutychi ohne ein L. (ibertus), so wie der bloße Sclavenname Parthenius ohne praenomen und nomen,) unter dem folgenden Kaiser gelebt haben, und daß also der eine Parthenius

Digitized by Google

tut jedenfalls nicht anſprechen, weil die Inſtitution nicht weggefallen war, da ja kraft derſelben der Inſtitut angetreten hatte, und wenn dieſes geſchehen war, dadurch doch auch der Kaiſer Erbe geworden ſeyn mußte. Doch konnte man auch nicht behaupten, daß der Subſtitut ausgeſchloſſen ſey. Denn er war berufen: si Parthenius heres non erit. Parthenius war eben nicht Erbe geworden: er konnte es als Sclav nicht werden; die Bedingung des Subſtituten war alſo eingetreten. Hiergegen ließe ſich nur einwenden: der Satz si heres non erit, bedeute für einen homo alieno iuri subiectus nach der Abſicht des Teſtators, der ja weiß, daß ein ſolcher nicht für ſich, ſondern nur für den, in deſſen Recht er ſteht, Erbe wird, in der That nur ſo viel als: si eum, cuius iuri subiectus est, heredem non fecerit; blos mittelbar, für den möglichen Fall nehmlich, daß der Eingeſetzte ſpäter sui iuris und damit aus eigener Perſon erbfähig werden ſollte, behalte der Ausdruck si heres non erit auch nach ſeinem wörtlichen Sinne noch ſeine Bedeutung: alſo müſſe, da die Inſtitution durch die Antretung des Sclaven für ſeinen Herrn den vom Teſtator beab-

---

Aufſeher über das ſilberne Trinkgeſchirr des regierenden Kaiſers, ſeines Herrn, ein Sclav des Tiberius war. Schwerlich hatte aber dieſer mehrere Sclaven des Namens Parthenius. Vielleicht haben wir auch den Grabſtein unſeres Parthenius bei Gruter. 616, 5.

PARTHENIO. CAESARIS
VLPIA. RESTITVTA
VXOR.

Kaiſerliche Sclaven waren meiſt angeſehene mächtige, Leute; kein Wunder alſo, wenn ihre Contubernalen Freigeborene oder Freigelaſſene waren und ſich uxores nannten, wovon d'Arnaud de iur. servor. c. 15. mehrere Beiſpiele anführt. Dieſe Ulpia Restituta war vermuthlich eine Mitfreigelaſſene jenes Ulpius Eridanus, des Bruders unſeres Parthenius, der früher einem Herrn Namens Ulpius gehört haben mochte, und daher dem Parthenius bekannt geworden. Daß jener Bruder, obgleich des Auguſtus Freigelaſſener, doch Ulpius hieß, könnte aus einer früheren Freilaſſung inter amicos durch den Ulpius, von dem ihn nachher Auguſtus erbte, erklärt werden.

Digitized by Google

sichtigten Zweck vollständig erreicht habe, der Substitut gänzlich ausgeschlossen werden. Gegen diese von der Absicht des Testators ausgehende Argumentation ist aber zu erwidern: sie beruhet auf einer Voraussetzung, die hier nicht eintritt; der Voraussetzung nehmlich, der Erblasser habe sich bei dem Satze: si Parthenius heres non erit, zunächst denken müssen: si dominum suum heredem non fecerit, was (wie in der Einwendung selbst zugestanden ist,) nur dann behauptet werden kann, wenn der Erblasser wußte, der Eingesetzte sey alieno iuri subiectus; in dem vorliegenden Falle wußte er dieß aber nicht, da er den Parthenius für einen freien Menschen hielt, und folglich sich dachte, dieser selbst würde sein Erbe werden: hier konnte er also unter si heres non erit nur nach dessen wörtlichem Sinne verstehen: si ipse heres non erit. Es muß also mit Verwerfung dieses Einwandes dabei stehen geblieben werden: Einerseits ist Tiberius durch seinen Sclaven Erbe geworden, andererseits aber auch der Substitut zur Erbschaft berufen, und folglich wird, wenn der letztere auch antritt, die Erbschaft unter beide getheilt: was denn auch Kaiser Tiberius durch ein Rescript bestätigte. Für die Folge stellte man aber die aus jener Entwickelung sich von selbst ergebende Regel auf: Wenn Jemand einen Sclaven eingesetzt und für den Fall, daß er nicht Erbe werden würde, ihm einen Andern substituirt hat, so wird, wenn der Testator wußte, daß der Eingesetzte Sclav sey, der Substitut ausgeschlossen, wenn der Eingesetzte angetreten hat, gleichviel ob für seinen Herrn, oder nach seiner Freilassung für sich selbst; wenn aber der Testator ihn für einen Freien hielt, so wird der Substitut zu einem Theile zugelassen, wenn der Eingesetzte nicht selbst Erbe geworden ist, sondern nur seinen Herrn zum Erben gemacht hat.

Daß hiermit der Inhalt unserer Stellen im Allgemeinen wiedergegeben sey, davon überzeugt jeden ein ein-

Digitized by Google

faches Durchlesen derselben. Doch eben so klar ist es auch, daß derselbe noch nicht erschöpft sey; denn theils wird die Regel in L. 40. und in §. 4. J. cit. etwas anders gefaßt, (was wir vorläufig auf sich beruhen lassen,) theils fragt es sich noch, zu welchem Theile der Substitut Miterbe des Herrn des Instituten werden müsse? Aus innern Gründen wird man auf den ersten Blick geneigt seyn, auf letztere Frage zu antworten: zur Hälfte. Denn beide, der Herr des Instituten und der Substitut, sind jeder zur Erbschaft berufen und in solchem Falle entstehen bekanntlich Kopftheile[1]). Auch gilt dieses in einigen ganz ähnlichen Fällen, wo Erben ganz verschiedener Berufung, von denen es an sich scheint, daß der eine den andern schlechthin ausschließen müsse, doch deshalb concurriren, weil die Ausschließung vom Erblasser nicht hinlänglich ausgedrückt war und so der eine berufen wird, ohne daß der andere sein Recht aus der Einsetzung verloren hat. Namentlich gehört hierher der Fall, wenn Jemand einen Erben cum cretione imperfecta d. h. zwar mit der Auflage einer cretio, aber ohne ihn, wenn er in der vorgeschriebenen Zeit nicht cerniren würde, zu enterben, eingesetzt, ihm für den Fall, daß er nicht cernire, einen Andern substituirt und der Eingesetzte nach der ungenutzt verstrichenen Cretionszeit noch durch bloße Willenserklärung angetreten hat; denn auch hier werden Institut und Substitut zu gleichen Theilen Erben[2]). Entfernter ähnlich ist

1) §. 6. J. de hered. instit. (2, 14.) L. 9. §. 12. D. eod. (28, 5.). Diese Begründung der Theilung in zwei Hälften ist jedenfalls wissenschaftlicher, als die, welche die meisten Ausleger anführen, nehmlich: dieser Fall gehöre zu den ἀπορὰ d. h. zu denjenigen, wo für den Einen und für den Anderen gleich viel spräche, so, daß man sich nicht anders helfen könne, als indem man mitten durchschneide und jedem die Hälfte gebe.

2) Gai. 2, 177. Set si cretio sine exheredatione sit data, id est, si haec verba adiecta sint: SI NON CREVERIS, TVM PVBLIVS MAEVIVS HERES ESTO, illud diversum invenitur: quia, si

der Fall des ius accrescendi der sui heredes außer dem Sohne. Wenn solche nehmlich weder eingesetzt, noch auf irgend eine Weise enterbt sind, so gelten sie als stillschweigend neben dem wirklich Eingesetzten eingesetzt und entziehen diesem, wenn er ein extraneus ist, die Hälfte; wenn er auch ein suus ist, einen Kopftheil der Erbschaft [2]). — Was nun so aus innern Gründen angenommen werden zu müssen scheint, dafür scheint auch ein äußerer zu sprechen, indem der Ausdruck der Institutionenstelle Maevius in partem admittitur nach gewöhnlichem Sprachgebrauch auf die Hälfte geht. Längst hat man sich dafür auf L. 161. §. 1. D. de V. S. (50, 16.) L. 20. §. 1. D. de B. P. C. T. (37, 4.) L. 13. pr. vgl. mit §. 1. u. L. 15. §. 3. D. de iur. fisc. (49, 14.) und andere Stellen berufen [3]). Auch sagt Theophilus in seiner Paraphrase der Institutionenstelle dreimal ausdrücklich, daß der Substitut zur Hälfte Miterbe des Herrn des Instituten werde [4]).

---

prior omissa cretione pro herede gerat, substitutus in partem admittitur, et fiunt ambo aequis partibus heredes. quodsi neque cernat, neque pro herede gerat, sane in universum summovetur et substitutus in totam hereditatem succedit. Das Erstere galt früher, wie Gai. 2, 178. bemerkt, auch schon dann, wenn der Eingesetzte während der Cretionsfrist durch bloße Willenserklärung antrat, und er konnte damals nicht mehr zur Antretung durch cretio zurückkehren, um den Substituten auszuschließen. — Durch Ulp. 22, 34. erfahren wir, daß Mark Aurel später verordnete: wenn der sub cretione imperfecta institutus (innerhalb der Cretionsfrist) auf irgend eine Weise antrete, so solle der Substitut gänzlich ausgeschlossen seyn; wenn er aber (innerhalb der Cretionsfrist) weder cernire, noch die Erbschaft auf sonstige Weise antrete, der Substitut die ganze Erbschaft erhalten, d. h. M. Aurel wollte von dem Formellen der cretio in diesem Falle ganz abgesehen wissen und nur den materiellen Willen des Erblassers gelten lassen. — Uebrigens hat schon Cuiac. Not. posterior. ad §. 4. J. de hered. instit. den Fall der cretio imperfecta mit dem der L. 40. cit. verglichen.

2) Das Genauere darüber s. im Rhein. Museum Bd. 6. S. 315.

3) S. Reiz ad Theophil. Tom. I. p. 393. Schulting ad Ulp. 22, 34.

4) Aus Besorgniß vor zu vielen Druckfehlern im Griechischen geben wir blos die Reizische Uebersetzung: Servum tuum, sui iuris esse credens,

Digitized by Google

Dagegen heißt es nun in L. 40. cit. am Ende: Igitur in hoc casu semisses fient, ita ut alter semis inter eum, qui dominus instituti heredis fuerit, et substitutum, aequis portionibus, dividatur, und in der unmittelbar angeknüpften L. 41., von der oben ſchon bemerkt iſt, daß ſie eigentlich keine beſondere Stelle, ſondern die unmittelbare Fortſetzung der Rede des Julian ſey, wird hinzugefügt, daß ſo auch in dem Falle des Parthenius entſchieden worden ſey, indem der Subſtitut mit Tiberius habe theilen müſſen. Hiernach ſoll alſo blos die eine Hälfte der Erbſchaft zwi-

---

institui heredem, et sic adieci: si autem heres mihi non fiat, Maevius heres esto. Post mortem meam tu iussisti servum tuum quem institueram, adire hereditatem. Quaerimus, an locus sit substitutioni? Et dicimus, substitutum accipere semissem. Sed dicere quis possit, substitutum accipere totum; dixit enim testator: Ille mihi heres esto; si autem non fiat, Maevius esto: igitur heic, quoniam institutus, qui servus est, heres esse non poterat, substitutum oportet in totum assem vocari.

Sed ad hoc dicendum est, verba illa: SI HERES NON ERIT, siquidem institutus est alieni iuris, atque hoc testator novit, sic intelligere debemus, hoc est, si neque ipse institutus heres fiat, neque alium heredem faciat, hoc est *alii* haud acquisierit, ut sic substitutio locum inveniat. Ast in illo instituto, quem sui esse iuris testator credidit, dictio SI HERES NON ERIT hoc significat, si hereditatem sibi aut ei, cuius in potestate postea esse incipiet, non acquisierit, ut substitutio locum capiat in universum. Heic autem, quoniam alieni iuris iam erat, qui credebatur sui *esse* iuris, idcirco substitutus semissem accipit. Atque hoc D. Pius rescripsit in Parthenio servo suo: Parthenium enim Imperatoris servum aliquis credens liberum esse, heredem instituit, *sic* substituens ac dicens: sin autem Parthenius mihi heres non fiat, Maevius heres esto. Et facta tunc est constitutio, ut semis hereditatis per Parthenium Caesari acquireretur, in alterum vero semissem Maevius substitutus vocaretur. Mit Theophilus ſtimmt auch die Turiner Gloſſe fol. 45. überein. Sie ſagt (v. Savigny Geſch. des R. R. im Mittelalter Bd. 2. S. 447. der zweiten Ausg.) zu dem Wort *admittitur:* Nota: Quando substituto adeunte hereditatem institutus cum eo ex aequo in hereditatem accedit (wohl succedit). Und zu PARTHENII: Ut mediam hereditatem Parthenius habeat, et mediam substitutus.

Digitized by Google

schen dem Herrn des Instituten und dem Substituten zu gleichen Theilen getheilt werden. Was aus der anderen Hälfte werde, wird nicht ausdrücklich gesagt. Allein schon das, was gesagt wird, reicht hin, um einen vollen Widerspruch zwischen dieser Entscheidung und derjenigen, welche sich uns oben aus innern Gründen und aus der Institutionenstelle zu ergeben schien, zu begründen.

In diesem Widerspruch und in der scheinbaren Unerklärbarkeit der Theilungsart, welche Julian annimmt, liegt nun die eigentliche Schwierigkeit unserer Stelle, zu deren Beseitigung eine Legion von verschiedenen Meinungen aufgestellt ist. Es ist nicht unsere Absicht, sie sämmtlich hier aufzuführen [1]), nur einige der erheblicheren sollen erwähnt werden.

II. Verschiedene Meinungen Anderer.

Die Glossatoren [2]) glaubten mit Recht, daß die hinsichtlich der Theilungsart nicht ganz klare Institutionenstelle nach dem Pandektenfragment zu verstehen sey und ein Widerstreit zwischen Institutionen und Pandekten hier nicht angenommen werden dürfe. Im Uebrigen theilten sie sich in zwei Partheien; Einige nahmen an, der Substitut erhalte $\frac{3}{4}$, der Herr des Instituten $\frac{1}{4}$, und führten als Grund den allgemeinen Rechtssatz an, daß hauptsächlich auf die Absicht des Testators gesehen werden müsse, welcher aber hier den Substituten nur dann berufen wollte, wenn der Institut nicht selbst Erbe würde: Andere dagegen gaben dem Herrn des Instituten $\frac{3}{4}$, dem Substituten $\frac{1}{4}$ und beriefen sich auf den andern Rechtssatz, daß die Wahrheit mehr gelten müsse, als eine irrige Voraussetzung. Warum aber dem andern

1) Die meisten findet man zusammengestellt von Otto ad §. 4. J. de vulg. subst. und praefat. ad Thesaur. iur. Rom. Tom. V. p. 20. und Schulting Not. ad Pandect. ed Smallenburg Tom. V. p. 59—62.

2) Gloss. ad verb. *in partem* §. 4. J. de vulg. substitut.

Digitized by Google

Theile gerade ¼ zugeſtanden werde, dafür vermißt man in der Gloſſe ſelbſt den Verſuch, einen Grund nachzuweiſen: ſie beruft ſich blos auf die Billigkeit.

Eine ſo oberflächliche, noch nicht einmal die Schwierigkeit recht fühlende Behandlungsart der Sache konnte natürlich im ſechzehnten Jahrhundert nicht genügen [1]). Damals ſtellte zuerſt Alciat die Meinung auf, man müſſe ſich in L. 40. den Subſtituten Sempronius zugleich als eingeſetzten Miterben des Titius denken, und berief ſich dafür ſelbſt auf eine Handſchrift, in der er Sempronium coheredem substituerit gefunden haben wollte [2]). Hiermit wird freilich Alles ſehr leicht; denn wenn der Subſtitut zugleich mit Titius inſtituirt war, ſo erhielt er ſchon als Inſtitut die eine Hälfte und die andere Hälfte theilt er nun mit dem Herrn des Titius ganz nach der oben als an ſich wahrſcheinlich befundenen Anſicht. Daher haben nicht nur manche andere Interpreten dieſe Anſicht adoptirt [3]), ſondern es hat auch eine Reihe von ältern Drucken jene Leſart aufgenommen [4]), wie es ſcheint, blos auf die Auctorität des Alciat hin, da bis jetzt, ſo viel bekannt geworden, noch Niemand außer ihm das Wort coheredem in einer Handſchrift gefunden hat. Eben dieſer Umſtand muß aber von vornherein gegen dieſen Ausweg bedenklich machen [5]). Als

1) Die Poſtgloſſatoren bewegen ſich nehmlich auch hier im Ganzen nur innerhalb des Geſichtskreiſes, den die Gloſſe eröffnet hatte.

2) A. Alciat. Dispunct. 1, 2.

3) Vor Allen Donell. Comm. iur. civ. 6, 24. Tom. III. p. 517. seqq. ed. König et Bucher und Duaren. ad tit. D. de vulg. et pup. subst. c. 10. Opp. Tom. I. p. 442. ed. Aurel. Allobr. 1608.

4) Sie findet ſich namentlich in Iuſtiniatum Lugd. per Fr. Fradin. 1527. 1529. 1538. Lugd. apud Hug. (et haeredes Aemonis) a Porta. 1541. 1542. 1545. 1547. 1552. 1556. Dig. s. Pandect. Paris. apud Car. Guillard. et Guil. Desboys. 1550.

5) Fr. Connan. Comm. jur. civ. 10, 7. ſagte wohl nicht mit Unrecht, per somnium finxisse Alciatum, Sempronium coheredem substitutum esse

völlig unmöglich muß er aber erscheinen, wenn man den Zusammenhang der ganzen Stelle und die Institutionen vergleicht, wonach Julian offenbar blos Einen eingesetzten Erben sich gedacht hat [1]); und wozu sollte er auch die Substitution gerade eines Miterben fingiren, da der Umstand, daß der Substitut Miterbe ist, auf die Entscheidung von gar keinem Einflusse seyn würde?

Einen andern Weg schlugen die übrigen Juristen jener Zeit ein. Theophilus war in ihre Hände gekommen; wie hätte sein Ansehen nicht für die oben auseinandergesetzte Meinung, daß jedem der beiden Theile die Hälfte gebühre, stimmen sollen, zumal da diese Meinung auch in sich selbst wohlbegründet schien? Wir sehen daher jetzt im Gegensatz der Glossatorenzeit verschiedene Versuche gemacht, die Pandektenstelle auf die nach Theophilus verstandene Institutionenstelle zurückzubringen. So meinten Viglius (ad h. t.), und nachher auch Connanus (l. c.) und vorzüglich J. Gothofredus [2]), bei Julian heiße alter semis so viel als uterque, so wie alterplex ehemals für duplex gebraucht worden sey und z. B. in vicesimus et alter das letztere Wort für secundus stehe, welches den primus nothwendig mit in sich schließe. Soll diese Erklärung überhaupt nur gedacht werden können, so müßte man Julians Gedankengang sich so vorstellen: „In unserem Falle werden also Hälften entstehen, so daß (nicht blos die eine Hälfte, sondern auch) die andere Hälfte zwischen dem, der sich als Herrn des Eingesetzten erweist, und dem Substituten gleich getheilt wird." Aber wer hat je so elliptisch gesprochen? Und dies auch zugegeben, wie kommt Julian zu der Umständlichkeit, die

1) Auf das Ueberzeugendste hat dieses dargethan J. Gothofr. animadv. jur. civ. c. 15.

2) Ibid. c. 16. Ebenso Em. Merill. variant. ex Cuiac. 3, 4. und ähnlich Bynkershoek observ. 4, 19., während er die Ansicht des Gothofredus sehr gut widerlegt.

Digitized by Google

Halbirung der Erbschaft unter beide so zu bewirken, daß er die Erbschaft erst in zwei Hälften zerlegt und dann von jeder wieder dem Einen und dem Andern eine Hälfte giebt? Welcher Pleonasmus endlich zu sagen: „es entstehen also Hälften, so daß jeder die Hälfte bekommt?" Kein Wunder also, wenn diese Ansicht keinen Beifall fand [1]). Nicht viel besser sind aber natürlich auch die Meinungen derjenigen, die durch Veränderung des alter in uterque oder alteruter oder alter et alter oder alternus u. s. w. den Sinn hervorzubringen suchen, den Gothofredus schon in dem unveränderten alter fand [2]).

Cuiacius [3]) suchte auf einfachere Weise durch die Annahme zu helfen, alter semis sey eine falsche Auflösung von as und man müsse also lesen: Igitur in hoc casu semisses fient, ita ut as inter eum, qui dominus instituti heredis fuerit, et substitutum aequis portionibus dividatur. Diese sehr scharfsinnige Conjectur hat bis auf die neueste Zeit herab viele Anhänger gefunden [4]). Von Andern ist sie aber auch als unbefriedigend verworfen worden, und mit Recht. Erstens ist es nehmlich ganz unerweislich, daß alter semis

1) Püttmann. Probab. 1, 16. will ihr in etwas veränderter Art damit aufhelfen, daß er annimmt, es wären zwei Erben, Titius und Gaius eingesetzt und später Sclaven geworden, und nun werde die Erbschaft so getheilt, daß der Substitut mit jedem der Herren der eingesetzten Erben dessen Hälfte wieder theile. Aber diese Annahme ist dadurch, daß er in hoc casu auf das unmittelbar vorhergegangene patresfamilias heredes scripti etc., deren gerade zwei gewesen seyn sollen, bezieht, schlecht begründet und auch hinsichtlich der Bedeutung von alter semis ist wesentlich nichts gebessert.

2) Man vergleiche über diese J. Gothofr. l. c.

3) Zuerst in der Not. prior. ad §. 4 J. de vulg. subst. und dann öfter z. B. ad Tit. D. de hered. instit. zu L. 40. Observ. 17, 21. Recitatt. solemn. ad tit. C. de hered. instit. (6, 24.) sub rubr.

4) Z. B. Fouquelin. Comm. ad Instit. zu §. 4. J. de vulg. subst. Wissenbach Disput. ad Tit. D. de vulg. et pup. substit. §. 21. Faber Err. pragm. 33, 7. Schulting ad Ulp. 22, 34. Voet. ad tit. D. de vulg. et pup. subst. §. 7. Pothier. in not. ad L. 40. cit. C. Hunger in der Uebersetzung des Corpus Juris civilis von Otto, Sintenis u. s. w. Bd. 3. S. 68.

Digitized by Google

jemals mit den Anfangsbuchstaben notirt worden sey [1]), und zweitens sagt Jedem sein Gefühl, daß ein Römischer Jurist schwerlich einer so weitschweifigen, pleonastischen Ausdrucksweise sich bedient haben werde. — Eine andere Vermuthung von Crusius [2]), man solle statt ita ut alter semis inter eum etc. lesen: ita ut alter sit Sem. (welches Sempronii aufzulösen sey); as inter eum etc., führen wir blos zu Ehren seiner weitläufigen eigenen Abhandlung über unsere Stelle an.

Ohne Emendation wollten Lyklama, Hilliger und Heineccius das Räthsel lösen [3]). Nach ihnen soll Julian zwei Fälle vor Augen gehabt haben. Der erste ist der zu Anfang der Stelle erwähnte, wo der Testator einen freien Menschen einzusetzen glaubte, der aber in der That Sclav war: hier soll nach den Worten potest dici, Sempronium in partem admitti die Erbschaft zwischen dem Herrn des Eingesetzten und dem Substituten gleich getheilt werden, und eben diesen Fall soll auch die Institutionenstelle betreffen. Der andere Fall ist dieser: der Testator setzte einen damals wirklich Freien ein, der aber nachher Sclav wurde und auf Geheiß seines Herrn eintrat; diesen Fall, der in den Worten quae adiectio ad eos pertinet, qui patresfamilias heredes scripti postea in servitutem deducti fuerint. Igitur in hoc casu etc. liegen soll, entscheide Julian dahin, daß die eine Hälfte dem Herrn gehöre, dem hier mehr Recht einge-

1) Die Abkürzung s für semis kommt oft vor, obgleich doch auch wohl nicht in solcher zusammenhängenden Rede und ohne Verbindung mit einer anderen Zahl; a für alter ist aber in den alten Handschriften und Sammlungen von notae ganz unerhört.

2) Ge. Conr. Crusii Diatr. de restitut. cap. Si paterfamil. 40. D. de hered. iustit. c. 8. in Otto thesaur. iur. Rom. Tom. I. p. 672 a.

3) M. Lyklam. Membran. 5, 15. p. 187. Osw. Hilliger Donell. enucl. 6, 24. Gottli. Heinecc. Elem. iur. civ. 2, 15. §. 557.

räumt werden müsse, weil der Testator über den Stand des Eingesetzten nicht geirrt hätte,) die andere aber zwischen dem Herrn und Substituten getheilt werde. Hiergegen ist aber längst bemerkt worden, 1) daß dann die folgende L. 41. nicht passen würde, die, wie sie lautet, auf den zweiten eben gedachten Fall sich beziehen müßte, während aus den Institutionen erhellt, daß sie den ersten betrifft. Die Worte: Igitur in hoc casu müssen daher nothwendig, wie es auch die Bedeutung von igitur und der Umstand, daß unmittelbar vorher in der That kein anderer Fall gesetzt worden ist, erfordern, auf den zu Anfang des Fragments aufgestellten Fall bezogen werden. 2) Sieht man aber auch hier wieder nicht, woher denn in jenem angeblich zweiten Falle gerade die Theilung in $\frac{3}{4}$ und $\frac{1}{4}$ komme. Umgekehrt müßte in diesem Falle nach den Worten des Juristen si hereditatem vel sibi non acquisierit, vel mutata conditione alium heredem non fecerit, der Substitut, wie es scheint, gänzlich ausgeschlossen werden, weil der eine Fall, für welchen der Substitut nicht zur Erbschaft gelangen soll (das alium heredem facere), eingetreten ist.

Mit Uebergehung mancher anderen Erklärungen schließen wir mit zweien, die von noch lebenden Rechtsgelehrten aufgestellt worden sind. Nachdem Hugo[1]) die Vermuthung ausgesprochen hatte, in unserer Stelle sey ein Fall der cretio imperfecta anzunehmen und die Theilung der Erbschaft mit dem Substituten habe deshalb nothwendig angenommen werden müssen, weil ein Sclav zur cretio nicht berechtigt gewesen sey, nahm v. Löhr diesen Gedanken auf und modificirte ihn auf folgende Weise[2]). Zuvörderst zeigte er die

1) Rechtsgeschichte dritte Ausg. §. 171. vierte Ausg. 172. Not. 4. Ohne Zweifel veranlaßt durch den Löhr'schen Aufsatz hat der Verfasser in den spätern Ausgaben diese ganze Anmerkung weggelassen.

2) In der „Parthenius" überschriebenen Abhandlung, Magaz. für RW. und Gesetzgebung von v. Grolman und v. Löhr Bd. 3. S. 139 — 144.

Digitized by Google

Irrigkeit des Satzes, daß ein Sclav nicht habe cerniren können, indem vielmehr umgekehrt für personae alieni iuris heredes institutae die cretio die regelmäßige und nothwendige Antretungsart gewesen sey [1]), selbst wenn sie nicht cum cretione eingesetzt waren. Eben aber, weil die cretio bei solchen Personen schon an sich nothwendige Antretungsart war, fährt er fort, mußte von ihnen, wenn sie noch speciell cum cretione eingesetzt waren, mehr als das Gewöhnliche, d. h. eine doppelte cretio, verlangt werden, damit der Substitut ausgeschlossen würde; wenigstens erachtete man dieses für nöthig, wenn der Testator den eingesetzten Erben für einen Freien gehalten hatte. Da nun aber eine solche doppelte cretio nicht möglich war, so mußte er immer wie ein Freier behandelt werden, der die Erbschaft durch pro herede gestio erwarb. Daher denn die Theilung mit dem Substituten, ebenso wie sie bei jeder imperfecta cretio erfolgt. Uebrigens erklärt sich v. Löhr hinsichtlich der im Schlusse der Stelle liegenden Schwierigkeit für den Vorschlag des Alciat, zu Anfang coheredem einzuschieben. Hieraus geht hervor, daß diese neue Erklärung gar nicht dasjenige betrifft, was früher allein für schwierig gehalten worden ist, sondern die Zulassung des Substituten zur Hälfte der Erbschaft, die man früher fast allgemein aus der Eigenthümlichkeit des Falles, wie diese auch im Justinianischen Rechte noch ihren guten Sinn hat, leicht erklärlich fand, aus dem schon von M. Aurel abgeschafften Rechte der cretio imperfecta zu erklären sucht. Indessen leuchtet die Unhaltbarkeit dieses Erklärungsversuchs wohl von selbst ein. Wie sollten die Pandektenverfasser dazu gekommen seyn, etwas aufzunehmen, was schon seit M. Aurel nicht mehr galt? Und wenn man auch ein solches Versehen von ihrer Seite zugeben wollte, so enthält doch die Stelle selbst nichts, was auch nur entfernt und selbst bei der Annahme geschehener

1) Ueber den Grund dieses Satzes vgl. E. Huschke Studien S. 257.

Digitized by Google

Ausmerzungen auf das Recht der cretio hindeutete, umgekehrt aber Vieles, was ganz überflüſſig und ſelbſt unpaſſend daſtehen würde, wenn die Entſcheidung ſich auf das Recht der cretio ſtützen ſollte [1]). Ferner iſt die Annahme ſehr ſonderbar und bedarf wohl keiner Widerlegung, daß ein cum cretione eingeſetzter Sclav hätte zweimal cerniren müſſen, (ſiehe dagegen Gai. 2, 189. 190.) — während dieſes doch auch wieder unmöglich geweſen ſeyn ſoll. Demnach wird gegen dieſen neuen Erklärungsverſuch des vorderen Theils unſerer Stelle immer der ältere des Theophilus, der in ſich durchaus zuſammenhängend und befriedigend iſt, vorgezogen werden müſſen, wie denn auch der neueſte Ausleger der Inſtitutionen und zugleich wohl der letzte, der ſich über unſere Streitfrage öffentlich geäußert hat, thut [2]). Im Uebrigen erklärt dieſer die Stelle des Julian, der anderer Meinung geweſen zu ſeyn ſcheint, für dunkel, deutet nur an, daß derſelbe wohl eine Einſetzung des Titius blos zur Hälfte vorausgeſetzt habe, (alſo nach Art der Alciatiſchen Anſicht) und ſchließt damit, daß jedenfalls die Inſtitutionenſtelle — nach der Erklärung des Theophilus — klar ſey und dem Pandektenfragment vorgehen müſſe.

III. Auseinanderſetzung der richtigen Erklärung.

Unter allen vorgedachten und vielen anderen Erklärungen der L. 40. iſt nun eine ſo gut wie ganz unberückſichtigt geblieben, die doch, wenn man ſich nur die Mühe nimmt, ſie mit ihrem Urheber vollſtändig zu durchdenken, (was dieſer billig hätte verlangen können,) die vollſte Ueberzeugung ihrer Richtigkeit gewährt. Sie rührt von Heinrich von Sua-

1) Es hätte dann die Subſtitution nicht lauten können: si Titius heres non erit, ſondern nisi ita creverit. Damit reimt ſich aber alles Folgende nicht, wo eben Alles auf die Erklärung der Worte si heres non erit — ob dieſes auch das alium heredem non facere in ſich ſchließe, oder nicht, — geſtellt wird.

2) Schrader ad §. 4. J. de vulg. substit. p. 328.

Digitized by Google

rin, dem jüngern Zeitgenossen und Schüler des Cuiacius, her und steht als c. 37. in dessen repetitarum lectionum juris civilis liber, einem größtentheils durch die Observationen des Cujacius veranlaßten und die kühnen Emendationen dieses großen Lehrers häufig versteckt tadelnden Buche[1]), welches zuerst im J. 1586 erschien und nachher in den vierten Band des Otto'schen Thesaurus zu Anfange aufgenommen wurde. Blieb also diese Erklärung fast unbemerkt[2]), so war daran nicht eine äußere Unzugänglichkeit des Buches, worin sie vorgetragen war, Schuld. Vielmehr ist der Grund davon nur in der innern Schwierigkeit derselben zu suchen, wie denn so häufig aus diesem Grunde die Wahrheit ein öffentliches Geheimniß bleibt. Diese Schwierigkeit aber liegt wiederum größtentheils in der Sache selbst, — was keinen Einwurf gegen diese Erklärung begründen kann, da es schwere und leichte Wahrheiten giebt und neben den einfachen Liedern auch die Fugen ihr Recht haben, — einigermaßen jedoch wohl auch in der nicht ganz übersichtlichen und von eingemischten Irrthümern nicht durchaus freien Darstellungsart des Suarin. Daher wir es versuchen wollen, dieselbe Erklärung auf eine neue und etwas faßlichere Art vorzutragen.

1. Eine gewöhnlich übersehene Eigenthümlichkeit der

1) Ohne Zweifel ist daher auch c. 37. der repetitae lectiones durch Cuiac. observ. 17, 21. veranlaßt worden, was aber nur mit den Worten zu Anfange des Capitels: hi (recentiores) sic (commentati sunt), ut vel emendanda verba legis vel de explicatione vera rectave prope desperandum existiment, und später mit ausdrücklicher Verwerfung der a quibusdam aufgestellten Conjectur as statt alter semis angedeutet wird. Ueber die Tendenz der Suarin'schen Lectionen vgl. man überhaupt Otto praef. ad Thesaur. Tom. IV. p. 1.

2) Otto Praefat. ad Tom. V. Thesaur. p. 20. und Schulting Not. ad h. l. führen zwar auch die Erklärung des Suarin an, aber so, daß man sieht, sie haben sie nicht durchdacht: namentlich thut der erstere ihr großes Unrecht, wenn sie als subtilior solutio mit der des Marcilius zu §. 4. J. de vulg. subst. zusammenstellt, die wir wegen ihrer Abgeschmacktheit und Verworrenheit gar nicht angeführt haben.

Digitized by Google

alternativen Bedingung besteht darin, daß sie die Gültigkeit der ganzen Willenserklärung gleichsam zweimal zweifelhaft macht und folglich im Grunde eine doppelte Willenserklärung fürs Ganze ist, weil für beide Fälle das ganze Recht gegeben wird. Wenn nehmlich z. B. Jemand so eingesetzt hat: Si Titius aut si Seius Gaiam uxorem duxerit, Sempronius heres esto, so ist diese Einsetzung eigentlich so aufzulösen:

Si Titius Gaiam uxorem duxerit, Sempronius heres esto.
Si Seius Gaiam uxorem duxerit, Sempronius heres esto.

Die Richtigkeit dieser Ansicht erhellt daraus, daß die Römer in der That zwei unter verschiedenen Bedingungen vorkommende Einsetzungen derselben Person auf die Erbschaft oder denselben bestimmten Theil im Allgemeinen (wenn nehmlich nicht der offenbare Wille des Testators oder die Natur des Instituts entgegensteht,) eben so wie Eine Einsetzung unter alternativen Bedingungen behandeln und somit zu erkennen geben, daß Eine Einsetzung unter alternativen Bedingungen und zwei Einsetzungen derselben Person auf denselben Theil, jede unter einer selbstständigen Bedingung, einander gleichstehen. So wie z. B., wenn Jemand unter alternativen möglichen Bedingungen eingesetzt ist, es hinreicht, daß die eine von beiden eintritt, eben so auch, wenn er an der einen Stelle des Testaments unter dieser, an einer andern unter jener Bedingung eingesetzt ist[1]). Und so wie, wenn die eine von zwei alternativen Bedingungen unmöglich ist, die Einsetzung als unbedingte gilt, (weil der Eingesetzte die eine als unbedingt zu betrachtende Einsetzung wählen kann,) eben so auch, wenn Jemand das eine Mal unter einer unmöglichen, das andere Mal unter einer möglichen Bedingung eingesetzt ist[2]). —

1) L. 5. D. de conditt. instit. (28, 7.) vgl. mit L. 27. §. 2. D. de hered. inst. (28, 5.).

2) L. 8. §. 5. D. de conditt. instit. (28, 7.) vgl. mit L. 27. §. 1. L. 67 D. de hered. instit. (28, 5.). Die letztern Stellen sprechen von dem Fall,

Digitized by Google

Wenn dagegen zu einer Willenserklärung zwei Bedingungen copulativ hinzugefügt sind, so ist in der That nur Eine Willenserklärung vorhanden und das Recht nur einmal gegeben; denn hier läßt sich keine solche Auflösung in zwei Willenserklärungen denken. Der Erklärende will ja nur einmal das Recht ertheilen, und es ist ganz gleich viel, ob die Bedingung, von der die Ertheilung abhängen soll, in einem einzigen Momente oder in der Zusammenfassung mehrerer Momente besteht [2]). Wird doch fast in allen Fällen auch ein einziges Moment sich wieder in mehrere zerlegen lassen, z. B. statt zu sagen: wenn A die (filiafamilias) B heirathen wird, könnte man auch sagen: wenn A und B zu einer Ehe einwilligen und der Vater der B nichts dagegen haben wird.

2) Wenn zwei Bedingungen an sich negativ sind, so ist offenbar ein großer Unterschied im Gedanken, ob ich z. B. so sage: Si Maevius aut sine testamento aut sine liberis decesserit, Gaius heres esto, oder so: si Maevius neque testamento neque liberis relictis decesserit, Gaius heres esto. Denn im ersten Falle ist eine alternative Bedingung, — also nach dem vorhin Bemerkten eigentlich eine doppelte Erbeseinsetzung — im zweiten dagegen eine copulative Bedingung und eine einfache Erbeseinsetzung vorhanden. Im ersten Falle wird also Gaius schon Erbe werden, wenn nur der eine von beiden Fällen (Sterben ohne Testament oder ohne Kinder) eintritt, im letztern aber nur, wenn beide Fälle (das Nichthinterlassen eines Testaments und das Nichthinterlassen von Kindern) eintreten. Der Grund liegt in der

---

wo die eine Einsetzung pure, die andere unter einer möglichen Bedingung geschehen ist. Offenbar muß aber dasselbe gelten, wenn die eine Einsetzung unter einer unmöglichen, die andere unter einer möglichen Bedingung geschehen ist, weil die erstere als eine bedingte gilt.

2) Mit Recht wird also von mehreren copulativen Bedingungen in L. 5. D. de conditt. instit. (28, 7.) gesagt: unius loco habentur.

Digitized by Google

höhern copulativen Natur der Disjunctivpartikeln *neque — neque*, wie auch die Grammatiker bemerkt haben: Fest. v. *Nec* conjunctionem Grammatici fere dicunt esse disjunctivam, ut nec legit nec scribit. Die Sache ſelbſt iſt in unſern Quellen mehrfach anerkannt.

L. 129. D. de verb. obl. (45, 1.) — Si quis ita stipulatus fuerit: *decem aureos das, si navis venit et Titius consul factus est?* non alias dabitur, quam si utrumque factum sit. Item in contrarium: *dare spondes, si nec navis venit, nec Titius consul factus sit?* exigendum erit, ut neutrum factum sit. Huic similis scriptura est: *si neque navis venit, neque Titius consul factus est?* At si sic: *dabis, si navis venit, aut Titius consul factus sit?* sufficit unum factum. Et contra: *dabis, si navis non venit, aut Titius consul factus non est?* sufficit unum non factum.

Beſonders gehört aber hierher die ebenfalls von Julian herrührende

L. 13. §. 6. D. de reb. dub. (34, 5.). — Item si paterfamilias in testamento suo ita scripserit: *Si quis mihi filius aut filia genitur, heres mihi esto: si mihi filius aut filia heres non erit, Seius heres esto*: non satis voluntatem suam declaravit, si non aliter extraneum heredem esse volet, quam si neque filius neque filia heres sit; hoc enim modo concipi oportet: *Si mihi neque filius neque filia heres erit.* Potest autem interdum superior scriptura esse necessaria, si quis cum filium et filiam habeat, utrumque heredem instituere velit, sed sive alter heres futurus sit, extraneum miscere, sive neuter, extraneum substituere. Sed proclivior est sententia testatoris sic esse interpretanda [1])

1) Man muß entweder mit Haloander leſen: Sed proclivius est, sententiam testatoris sic esse interpretandam; — oder ſo verbeſſern: Sed

ut sive filius sive filia nati ei fuerint, extraneus non admittatur, nisi specialiter hoc testator expresserit.

Wir lassen die zweite Hälfte dieser Stelle hier noch unberücksichtigt. Aus der ersten geht aber hervor, daß nach Julians Meinung ein Testator, der einen dritten, auch eingesetzten Erben nicht zulassen will, wenn sein Sohn oder seine Tochter Erbe werde, sich streng genommen nicht so ausdrücken dürfe: si filius aut filia heres mihi non erit — offenbar, weil dieses eine alternative Bedingung wäre, — sondern so sagen müsse: si neque filius neque filia mihi heres erit, was eine copulative Bedingung ist. Nur mit Rücksicht auf den offenbaren Willen des Erblassers, daß ein gehoffter Leibeserbe jedenfalls dem Auswärtigen durchaus vorgehen soll, findet sich Julian bewogen von jener strengen Interpretation hier ausnahmsweise abzugehen.

Noch andere Stellen werden später beigebracht werden.

3) Wenn Jemand unter alternativen Bedingungen zum Erben eingesetzt ist, so folgt aus dem, was unter 1. gesagt ist, daß der Testator eigentlich einen doppelten as, also zwei semisses, für dieselbe Person gemacht hat, und man muß, genau genommen, sich die Sache so denken, daß, wenn beide Bedingungen eintreten, der Eingesetzte ex utroque semisse Erbe wird, wenn aber nur eine eintritt, die andere fehlschlägt, er zur einen Hälfte durch die Einsetzung Erbe wird und die andere gleichsam von sich selbst jure accrescendi erwirbt. Doch wäre dieses, wenn keine dritte Person concurrirt, natürlich eine bloße Subtilität — ja streng genommen auch wieder aus einem höhern Grunde wenigstens nicht richtig ausgedrückt, weil das jus accrescendi das Ausfallen einer fremden Erbportion voraussetzt. So wie also, wenn ein einziger Erbe ex semisse eingesetzt ist, die Römer ohne Erwähnung des jus accrescendi blos sagen: in semisse

proclivior est sententia, sententiam testatoris sic esse interpretandam.

totus as inest, (§. 5. J. de hered. instit. 2, 14.) oder die Hinzufügung des Theils sey als etwas Ueberflüssiges zu streichen (vgl. L. 1. §. 4. D. eod. 28, 5.), so werden wir, auch wenn nur eine von mehreren alternativen Bedingungen eingetreten ist, uns so ausdrücken müssen: die andere sey nun überflüssig, der Eingesetzte vermöge der einen allein Erbe geworden. — Ihre praktische Bedeutung zeigt aber die obige Art, sich die Einsetzung unter alternativen Bedingungen zu denken, alsdann, wenn dem so Eingesetzten ein anderer Erbe hinzugefügt ist, und dieses bringt uns schon näher zu dem Falle unserer Stelle.

4) Wenn zwei Einsetzungen so verbunden sind: **Titius heres esto; quodsi Titius sine testamento vel sine liberis decesserit, Gaius heres esto;** so sieht die Einsetzung des Gaius zwar wie Substitution aus, ist es aber nicht wirklich, weil auch, wenn Titius Erbe ist, die Bedingungen des Gaius eintreten und ihn zum Erben machen können. Es liegt daher vielmehr eine adjectio heredis vor — auf einen gewissen Fall concurriren beide Erbeseinsetzungen; denn der einmal Erbe gewordene Titius kann auch nicht wieder aufhören, Erbe zu seyn, wenn Gaius es wird[1]). Da nun aber, wie gezeigt, eine Einsetzung mit alternativen Bedingungen eigentlich zwei Einsetzungen enthält, und für beide Titius mit Gaius concurrirt, so ist jene Einsetzung so aufzulösen:

Titius heres esto; si Titius sine testamento decesserit, Gaius heres esto.

1) Vgl. z. B. L. 88. D. de hered. instit. (28, 5.). Et, qui solvendo non est, aliquo casu evenit, ut et servus cum libertate heres existat, et praeterea alius heres adjiciatur: veluti si servo cum libertate herede instituto, ita adjectum sit: *Si mihi Stichus heres erit, tunc Titius quoque heres esto*, nam Titius, antequam Stichus ex testamento heres exstiterit, heres esse non potest: cum autem semel heres exstiterit servus, non potest adjectus efficere, ut qui semel heres exstitit, desinat heres esse.

Titius heres esto; si Titius sine liberis decesserit, Gaius heres esto.

Wenn also beide Bedeutungen eintreten, so ist Gaius in beiden Hälften der Erbschaft — die nach 3. durch die alternativ bedingte Einsetzung entstehen — adjectus des Titius und erhält folglich $\frac{1}{4} + \frac{1}{4} = \frac{1}{2}$. Tritt dagegen nur eine Bedingung ein, so hat Titius die Hälfte der Erbschaft, für welche die Bedingung des Gaius fehlgeschlagen ist, allein und theilt nur die andere mit dem adjectus, d. h. Titius wird zu $\frac{3}{4}$, Gaius zu $\frac{1}{4}$ Erbe [1]).

Wäre dagegen gesagt: Titius heres esto; quodsi Titius neque liberis neque testamento relictis decesserit, Gaius heres esto, so würde nach 1. Gaius nur einmal, nehmlich wenn beides nicht hinterlassen wäre, hinzugefügt seyn und folglich nur entweder gar nichts oder die Hälfte bekommen.

Als Quellenbeweis für diese freilich schon durch sich selbst klaren Sätze dient zuvörderst die vorhin angeführte L. 13. §. 6. D. cit. Nachdem hier Julian voran bemerkt hat, daß der Ausdruck: si mihi filius aut filia heres non erit, Titius heres esto, nicht der passende sey, wenn der Testator den Titius erst für den Fall, daß er weder von einem Sohne, noch von einer Tochter beerbt werden würde, habe berufen wollen, untersucht er, für welche Willensbestimmung der Testator sich jenes Ausdrucks als eines ganz

1) Begreiflich würde der Erfolg bei jeder andern Art von alternativen Bedingungen auch solchen, die gar nicht auf den Eingesetzten Bezug haben, an sich derselbe seyn, z. B. wenn es hieße: A soll Erbe seyn; wenn ein Schiff aus Asien kommt oder Titius Consul wird, soll B Erbe seyn. Auch ist es gleich viel, ob die Einsetzung des A oder die des B voransteht. Nur muß immer eine Collision beider Eingesetzten für den Fall der alternativen Bedingungen im Sinne des Testators liegen. Hätte er z. B. gesagt: A und B sollen meine Erben seyn, letzterer jedoch nur, wenn dieses oder das geschieht; so wäre seine Meinung offenbar diese: A soll die eine, B die andere Hälfte meiner Erbschaft haben; der letztere jedoch nur dann mein Erbe seyn, wenn u. s. w.

Digitized by Google

adäquaten bedienen würde, und giebt als ſolche dieſe an: wenn der Teſtator Sohn und Tochter, die er am Leben hat, einſetzen, aber für den Fall, daß blos eines von beiden Erbe werden würde, ihm den Titius beimiſchen (miscere), und für den Fall, daß keines von beiden ihn beerbte, ihnen den Titius ſubſtituiren will. Mit Recht ſagt hier Suarin, daß mit den Worten sive alter heres futurus sit, extraneum miscere, nicht gemeint ſeyn könne, daß dann der extraneus Miterbe des Erbe gewordenen Sohnes (oder Tochter) zur Hälfte werden ſolle; denn alsdann wäre er wahrer Subſtitut des Sohnes oder der Tochter, wie in dem gewöhnlichen Falle; A, B, C heredes sunto; si quis eorum heres mihi non erit, Titius heres esto, und Julian hätte nicht das miscere dem substituere entgegenſetzen können, ſondern ſich ſo ausdrücken müſſen: sive alter, sive neuter heres futurus sit, extraneum substituere. Dagegen erhält das miscere einen ſehr guten Sinn, wenn wir den Fall nach den über die adjectio heredis sub conditione alternata gewonnenen Grundſätzen behandeln. Alsdann iſt nehmlich dieſe Einſetzung ſo aufzulöſen:

(1) Filius et filia heredes sunto; si filius heres non erit, Titius heres esto;

(2) Filius et filia heredes sunto; si filia heres non erit, Titius heres esto.

Wird nun z. B. der Sohn, aber nicht die Tochter Erbe, ſo erhält der Sohn von den beiden Hälften, die durch die alternative Bedingung entſtehen, die sub (1) ganz, weil hier die Bedingung des Titius fehlgeſchlagen iſt, in der sub (2) dagegen concurrirt er mit dem Titius, deſſen Bedingung hier eingetreten iſt. Der letztere, der demnach nur $\frac{1}{4}$ bekommt, iſt alſo in der That nur ein Beigemiſchter oder ein adjectus des Sohnes und der Tochter, für den Erbtheil des einen oder andern, indem er deſſen Erbtheil nur zur Hälfte bekommen kann.

Digitized by Google

Eine bloße Hindeutung auf denselben Grundsatz enthält L. 85. D. de hered. instit. (28, 5.) — Lucius Titius, qui fratrem habebat, testamento ita cavit: *Titius frater meus ex asse mihi heres esto: si mihi Titius heres esse noluerit, aut (quod abominor) prius morietur, quam hereditatem adieret, aut filium filiamve ex se natum natamve non habebit, tunc Stichus et Pamphilus, servi mei, liberi et heredes mihi aequis partibus sunto.* Quaero: cum Titius hereditatem adierit et liberos aditae hereditatis tempore non habuerit: an Stichus et Pamphilus ex substitutione liberi et heredes esse possunt? Item quaero: si ex substitutione neque liberi neque heredes esse possint, an in partem hereditatis videantur adjecti? Respondit: apparet quidem, non eam mentem testatoris fuisse, ut quemquam heredem adhiberet fratri, quem aperte ex asse heredem instituisset. Igitur si frater adiit, Stichus et Pamphilus heredes non erunt; quos eo amplius noluit heredes esse, si frater, priusquam hereditatem adiret, decessisset liberis relictis, nam prudens consilium testatoris animadvertitur: non enim fratrem solum heredem praetulit substitutis, sed et ejus liberos.

Daß hier die mit der Freiheit eingesetzten Sclaven nicht als Substituten des Titius frei und Erben seyn können, ist, wenn man den Unterschied zwischen substitutio und adjectio kennt, sofort klar. Aber sind sie nicht adjecti? Dieses Bedenken deutet offenbar auf den Unterschied, ob die Einsetzung der Sclaven so, wie geschehen, oder also: si Titius neque adire hereditatem voluerit potueritve, neque liberos ex se natos habebit, laute. Im letztern Falle würde eine wahre Substitution vorliegen; im ersteren aber scheint es, daß die Sclaven, da einer von den drei Fällen, für welche sie ebenfalls zu Erben ernannt sind, eingetreten ist, Miterben des Titius werden müßten, und zwar — was

Digitized by Google

Scävola nicht sagt, was aber aus dem Obigen folgt, — zusammengenommen zu ½. Doch geht der Jurist hier ausnahmsweise von der regelmäßigen Auslegung solcher Einsetzungen ab, weil der Testator gesagt hat, daß sein Bruder ex asse Erbe seyn, also sicher nicht mit den Substituten theilen soll und die Bedingung der Substitution aut filium filiamve non habebit sich so verstehen läßt, daß der Testator nicht blos den Bruder selbst, sondern auch dessen Kinder, wenn er vor der Antretung gestorben wäre, den Substituten habe vorziehen wollen [1]).

Endlich gehört hierher auch noch eine Verordnung von Justinian L. 6. C. de institutt. et substit. (6, 25.)

Generaliter sancimus, si quis ita verba sua composuerit, ut edicat: *Si filius vel filia intestatus vel intestata, vel sine liberis aut sine testamento vel sine nuptiis decesserit:* et ipse vel ipsa liberos sustulerit, sive nuptias contraxerit, sive testamentum fecerit: firmiter res possideri et non esse locum substitutioni eorum vel restitutioni. Si enim nihil ex his fuerit subsecutum, tunc valere conditionem, et res secundum verba testamenti restitui, ut incertus successionis morientis exitus videatur certo substitutionis vel restitutionis fine concludi. Cui enim ferendus est intellectus, si forsitan testamentum quidem non fecerit, posteritatem autem habuerit: propter ejusmodi verborum angustias liberos ejus omni paene fructu paterno defraudari? Viam itaque impiam obstruentes, ut ne quis alius deviet, hujusmodi facimus sanctionem et hanc

1) Die Meinung des Juristen ist dabei nicht, daß die Kinder des Bruders nun wirklich Erben aus dem Testament werden sollten; das können sie nicht, da sie nicht eingesetzt sind. Vielmehr kommt es dem Juristen blos darauf an, die Absicht des Testators festzustellen, der offenbar die Kinder ebenfalls den Substituten vorziehen wollte, ohne jedoch für den Fall, daß ihr Vater vor der Antretung stürbe, das Erforderliche dafür gethan zu haben.

Digitized by Google

legem in perpetuum valituram inducimus, tam patribus quam liberis gratam: quo exemplo etiam aliis personis licet extraneae sint, de quibus hujusmodi aliquid scriptum fuerit, medemur. (Das Folgende betrifft einen ganz verschiedenen Fall.)

So schlecht diese Verordnung abgefaßt ist, so ergiebt sich uns doch leicht folgender Sinn derselben. Wenn ein Vater seinen Sohn (oder Tochter) eingesetzt und hinzugefügt hatte, daß, falls derselbe untestirt oder ohne Kinder — oder, was eben so viel gelten soll: ohne Testament, oder unverheirathet — sterbe, so solle Titius Erbe seyn, oder die Erbschaft an Titius herausgegeben werden, so hatten die Römischen Juristen, wenn nur der eine von beiden Fällen eingetreten, z. B. der Eingesetzte ohne Testament, aber mit Kindern (oder verheirathet) gestorben war, entschieden, daß nun Titius adjectus des eingesetzten Sohnes werde, oder im Falle der befohlenen Restitution, daß dem Titius ein Theil der Erbschaft herausgegeben werden müsse. (Zu welchem Theile er adjectus werde oder ihm herausgegeben werden müsse, wird nicht bemerkt, da es hierauf bei Abschaffung des ganzen Grundsatzes nicht ankam; aus dem Obigen ergiebt sich aber, daß dem Substituten ein Viertheil zugesprochen war.) Diese Auslegung schien nun Justinian zu scrupulös wörtlich und der Gunst, welche das Kindesverhältniß verdient, widersprechend. Er verordnet daher, daß der direct oder fideicommissarisch Substituirte ausgeschlossen bleiben solle, so lange nicht beide Bedingungen eingetreten seyen, mit andern Worten, daß die Worte si aut testamento aut liberis non relictis decesserit so viel gelten sollen, als wenn es hieße: si neque testamento neque liberis relictis decesserit. Ist nun mit dieser Verordnung nicht die alte Interpretation einer unter alternativen Bedingungen geschehenen adjectio heredis überhaupt abgeschafft? Gewöhnlich scheint man das anzunehmen, auch Suarin

erklärt sich dafür. Aber, wie es scheint, mit Unrecht. Nicht nur den Worten, sondern auch dem Sinne und der ratio nach beschränkt sich Justinians Vorschrift gerade auf den Fall, wo die genannten beiden Bedingungen gesetzt sind. Er nennt seine Verordnung tam patribus quam liberis gratam, verwirft die frühere Interpretation, weil sie dahin führe, propter verborum angustias liberos ejus (des Eingesetzten) omni pene fructu paterno defraudari, giebt als Folge seiner neuen Vorschrift an, daß blos, wenn der Eingesetzte keine gewissen Nachfolger (nehmlich durch gemachtes Testament oder erzeugte Kinder) habe, alsdann die Substitution Platz greifen solle (ut incertus successionis ..... fine concludi) — was sich speciell auf die oben genannten Bedingungen beschränkt — und will schließlich seine Verordnung nur auch auf den Fall ausgedehnt wissen, wenn nicht ein Vater seinen Sohn, sondern auch irgend Jemand einem Dritten unter jenen Bedingungen substituirt habe. Auch rechtfertigt sich diese beschränkte Erklärung der L. 6. dadurch, daß sie im Jahre 530 erlassen ist und Justinian, wenn er sie auf alle Arten von alternativen Bedingungen hätte bezogen wissen wollen, in die Pandekten nicht hätte Stellen aufnehmen lassen können, welche den Grundsatz des alten Rechts unzweideutig aussprechen.

5) Nach diesen Vorbereitungen wird es nun möglich seyn, in dem Gedankengange der L. 40. sich zurechtzufinden. — Wenn Jemand einen Sclaven in der Meinung, daß er ein Freier sey, zum Erben einsetzt und, falls er nicht Erbe werden würde, ihm den Sempronius substituirt hat, so macht zwar dieser Irrthum die Einsetzung selbst nicht ungültig, weil nicht über die Person selbst, sondern blos über eine Eigenschaft derselben geirrt ist [1]), und es kann also jedenfalls aus derselben angetreten werden. Auf die Inter-

1) Vgl. L. 9 und 48. §. ult. D. de hered. instit. (28, 5.)

pretation der Bedingung des Substituten (si institutus heres non erit) muß aber dieser Irrthum Einfluß äußern; denn diese Bedingung ist von der Art, daß sie auf eine doppelte Weise aufgefaßt werden kann; nach dem bloßen Factum der Antretung (heres est s. v. a. er tritt an, und bewirkt damit, daß die Einsetzung überhaupt Erfolg hat, ohne jedoch selbst Erbe zu werden,) und nach der Wirkung (heres est s. v. a. er tritt so an, daß er selbst Erbe wird,), woraus sich ergiebt, daß sie, obgleich den Worten nach einfach lautend, doch eigentlich eine doppelte Bedingung in sich schließt: und schon vorläufig sieht man wohl ein, daß, da der Erblasser bei Einsetzung eines frei geglaubten Menschen sich ohne Zweifel dachte, dieser selbst sollte Erbe werden, die Bedingung des auf den Fall, si institutus heres non esset, ernannten Substituten nach des Testators Absicht als eingetreten angesehen und folglich auch der Substitut Erbe werden müsse, wenn der Eingesetzte als Sclav nicht selbst, sondern seinem Herrn die Erbschaft erwirbt. Daher denn die vorläufige Entscheidung mit der die kürzeren Institutionen sich überhaupt begnügen: potest dici [1]), Sempronius in partem hereditatis admitti — womit noch keineswegs gesagt ist, daß der Substitut gerade die Hälfte der Erbschaft erhalten, sondern nur, daß, da er mit dem Eingesetzten zur Erbschaft berufen wird, er auch einen Theil der Erbschaft erlangen müsse [2]), und nicht, wie bei gewöhn-

1) Es ist bekannt und von Vielen durch viele Belegstellen zu dieser Stelle bemerkt worden, daß solche Ausdrücke, wie potest dici, deliberari, tractari, den Versuch einer Entscheidung oder Meinung, mithin auch etwas Vorläufiges ausdrücken.

2) Es ist also unrichtig, wenn die Neuern (s. oben S. 385.) und unter ihnen auch Suarin (welcher meint, Julian habe sich zu Anfange für die Hälfte und erst nachher, gleichsam sich selbst verbessernd, für ein Viertel entschieden,) annehmen, unter in partem hereditatis admitti sey nothwendig die Betheilung mit der Hälfte zu verstehen. In partem venire, vocari, admitti heißt überhaupt so viel als particípem fieri, z. B. Cic. pro Caec. 5. Heredem P. Caesennium facit: uxori

lichen Substitutionen, wenn der Institut angetreten hat, völlig ausgeschlossen werde. — Um nun aber das, was der Erblasser bei dem Ausdrucke si heres non erit, sich denkt, genauer zu bestimmen, unterscheidet der Jurist im Folgenden die Bedeutung des Ausdrucks, wenn der Erblasser, ohne sich zu irren, einen Sclaven einsetzt, und wenn er einen Freien einzusetzen glaubt. — Dabei steht nun vorerst so viel fest, daß, wenn, wie wir vorhin sahen, jener Ausdruck eigentlich zwei Bedingungen in sich schließt, viel darauf ankommt, ob diese als alternative (si ipse heres factus non est vel dominum heredem non fecerit) oder als copulative (si neque

---

grande pondus argenti, matri partem bonorum legavit: itaque in partem mulieres vocatae sunt. — ad Famil. 14, 2. Doleo, quae impensa facienda est, in ejus partem te miseram et despoliatam venire. Und daß auch die Juristen so sprechen, zeigt Gai. 2, 177. — substitutus in partem admittitur et fiunt ambo aequis partibus heredes: wo Gajus pleonastisch geredet hätte, wenn in partem admitti schon an sich nothwendig so viel, als einen halben Theil erhalten, hieße. Dem widersprechen auch nicht die oben angeführten Stellen, die blos beweisen, daß, wenn pars schlechthin steht und durchaus auf einen bestimmten Theil gedeutet werden muß, alsdann im Zweifel (denn der Zusammenhang könnte auch auf etwas Anderes, z. B. einen Kopftheil, führen, wie in dem Ausdruck partem facere) die Hälfte verstanden werden muß. Daß aber hier in partem admitti auf einen bestimmten Theil zu deuten wäre, müßte erst bewiesen werden: umgekehrt geht aus dem potest dici und der erst später folgenden genauen Theilbestimmung hervor, daß der Ausdruck hier noch ganz allgemein für participem fieri steht. Blos das Bestimmtere, kann man allenfalls sagen, liegt schon in dem an sich unbestimmten in partem admitti, daß Sempronius nicht die größere Hälfte der Erbschaft erhalten werde. Denn nach seiner Ableitung von par bezeichnet pars im Allgemeinen einen gleichen Antheil mehrerer Concurrenten und folglich — da zwei die geringste Anzahl von Concurrenten ist — einen nicht größern, als die Hälfte. Daher Rhemnius Fannius sagt:

Post haec semissis solidi pars maxima fertur;
Nam quod dimidium superat, pars esse negatur.

Dieses hätte denn jedenfalls vor der Ansicht, daß der Substitut ½ erhalte, bewahren können.

ipse heres factus est, neque dominum heredem fecerit) gedacht werden. Im erstern Falle würde, wenn nur die eine Bedingung eingetreten wäre (und es kann ja nur eine von beiden eintreten), der Institut zufolge num. 4. durch die Antretung $\frac{3}{4}$ erwerben, und $\frac{1}{4}$ an den Substituten fallen; im zweiten Falle dagegen nur entweder der Institut oder der Substitut ex asse Erbe werden können; denn tritt nur eine Bedingung ein, so bleibt der Substitut immer noch völlig ausgeschlossen, nach num. 3.; treten sie aber beide ein, so ist der Substitut berufen und der Institut völlig ausgeschlossen, weil es außer dem Selbsterbewerden und einen Andern dazu machen keine dritte Möglichkeit des Erwerbs der Erbschaft giebt. Daraus ergiebt sich, daß die fragliche Substitution nur bei copulativem Verständniß (si *neque — neque*) eine wirkliche Substitution ist, und dagegen, wenn die Bedingungen alternativ verstanden werden, die bloße Natur einer adjectio heredis hat.

6) Nun sagt Julian: wenn der Testator Jemand, von dem er weiß, daß er Sclav ist, eingesetzt hat, so muß man annehmen, er habe sich die in dem si heres non erit liegenden beiden Bedingungen copulativ gedacht (si neque ipse heres erit, neque alium heredem fecerit): hier könnte also der Substitut nur, wenn der Institut überhaupt nicht angetreten hätte, und zwar dann ex asse, Erbe werden. Wenn dagegen der Erblasser einen Freien einzusetzen glaubte, so muß man die Bedingungen alternativ nehmen (si hereditatem vel sibi non acquisierit, vel mutata conditione alium heredem non fecerit), mithin die Erbeseinsetzungen so auflösen.

(1) Titius heres esto; si Titius sibi non acquisierit, Sempronius heres esto.

(2) Titius heres esto; si Titius alium heredem non fecerit, Sempronius heres esto.

Da nun, fährt der Jurist fort, indem er sich jetzt zur

Digitized by Google

genaueren Bestimmung des früher erst im Allgemeinen Angedeuteten wendet, da nun im vorliegenden Falle der Testator glaubte, Titius wäre ein freier Mensch, und dieser Titius im vorliegenden Falle nicht selbst Erbe geworden, sondern einen Andern zum Erben gemacht hat, so entstehen zwei Hälften der Erbschaft; für die eine (1) ist die Bedingung des Substituten eingetreten: hier concurrirt er also mit dem Instituten und diese Hälfte wird folglich zwischen ihm und dem Herrn des Eingesetzten zu gleichen Theilen getheilt. Was aus der andern Hälfte wird, sagt Julian nicht; allein es versteht sich für den, der die Natur der heredis adjectio sub conditione alternata kennt, — und sie war den Römischen Juristen etwas ganz Geläufiges — von selbst, daß, da hier die Bedingung des Substituten fehlgeschlagen ist, der Herr des eingesetzten Sclaven sie ausschließlich bekommt. In demjenigen aber, was er nun noch in L. 41. aus Pomponius beibringt, ergiebt sich jetzt wohl von selbst, daß der allgemeine Ausdruck nam divisa hereditas est inter Tiberium et eum etc. wiederum blos dasselbe Allgemeine ausdrücken soll, wie die Worte Sempronium in partem admitti zu Anfange der L. 40., nehmlich, daß keineswegs, wie man nach der gewöhnlichen Natur der Substitutionen denken möchte, auch in diesem Falle die Substitution nichtig werde, so bald aus der Institution angetreten sey, sondern, daß der, welcher durch die Institution Erbe geworden, sich eine Theilung der Erbschaft mit dem Substituten gefallen lassen müsse und Kaiser Tiberius sich dieselbe auch gefallen lassen habe. Einer abermaligen Bestimmung des Theils, der jedem zukomme, bedurfte es dabei nicht, da Julian diese eben erst angegeben hatte [1]). — Auf

1) Hieraus sieht man, daß die obige Bemerkung (S. 377. Anm. 3.), Julians Rede laufe ununterbrochen bis zu Ende der L. 41. fort, für die Interpretation der beiden Stellen nicht gleichgültig ist. Betrachtete man L. 41. als eine für sich bestehende Aeußerung eines andern Ju-

diese Weise löst sich nun nicht blos die Hauptschwierigkeit unserer Stelle vollständig, sondern es geht auch Wort für Wort der letztern in unserer Erklärung auf, wogegen nach allen anderen Interpretationen, namentlich auch denen, die auf Theilung der Erbschaft in zwei gleiche Theile für Instituten und Substituten hinauslaufen, völlig unerklärt bleibt, warum Julian und die Institutionen so sorgfältig zwischen der alternativen und copulativen Fassung der beiden fraglichen Bedingungen unterscheiden.

7) Es fragt sich nun aber noch: woher jene verschiedene Interpretation der beiden in si heres non erit liegenden Bedingungen, je nachdem der Erblasser einen Sclaven oder einen, den er für frei hält, einsetzt? Der Grund liegt in Folgendem. Jede Erbeseinsetzung ist eine persönliche Gunsterweisung, nicht blos dem Namen, sondern auch der Sache nach, d. h. wer Jemand zum Erben ernennt, wünscht möglichst, daß dieser auch selbst sein Erbe werde, oder allgemeiner gefaßt, daß derselbe den größtmöglichen Vortheil von der Einsetzung habe. Hieraus folgt:

a. Wenn der Testator (wissentlich) einen Sclaven einsetzt, so muß er als auf den wahrscheinlichen Erfolg darauf rechnen, daß dieser nur als Sclav Erbe werde, d. h. die Erbschaft einem Andern erwerbe und selbst weiter keinen Vortheil da-

---

risten, so wäre die nackte Hinstellung der Worte nam divisa hereditas est etc. sehr bedenklich und könnte zu der Meinung veranlassen, daß dieser Jurist, da er blos von Theilung unter zwei Personen spricht, an Hälften der Erbschaft gedacht habe. Von der Institutionenstelle gilt nicht dasselbe, da bei den Institutionen als einem Elementarbuche billig vorausgesetzt werden muß, daß man einen unbestimmten allgemeinen Ausdruck hinsichtlich des Specielleren nach den Pandekten verstehe. Daß Theophilus, obgleich selbst einer der Institutionenverfasser, dieses nicht beachtet hat, beweist wohl nur, wie beschränkt sein Gesichtskreis außerhalb der Parthieen, worüber er Vorlesungen hielt, war. Von einer Auctorität desselben für die nun als irrig erkannte Interpretation kann natürlich nicht mehr die Rede seyn.

Digitized by Google

von habe, als durch die Zuwendung eines so großen Gewinns seinem Herrn lieber zu werden und eine bessere Behandlung von ihm zu erfahren; denn eine Freilassung, und daß in Folge derselben der Eingesetzte für sich erwerben werde, ist etwas nicht Vorauszusetzendes. Sagt er nun in seinem Testament: der Sclav solle Erbe seyn, wenn er aber nicht Erbe würde, solle Sempronius substituirt seyn, so denkt er sich unter dem si heres non erit, offenbar eben das, wie bei dem heres esto, d. h. daß der Sclav, wenn er durch die Antretung nur jenen beschränkten Vortheil erlange, seinen Herrn zum Erben zu machen, dem Substituten vollständig vorgezogen, dieser also nur, wenn der Sclav den Herrn nicht zum Erben mache, zur Erbschaft berufen seyn solle. — Mittelbar muß sich der Testator aber auch den doch wenigstens möglichen Fall denken, daß der Sclav inzwischen freigelassen und dann selbst Erbe würde. Geschieht dieses, so geht der dem Eingesetzten geneigte Wille des Testators nur noch mehr in Erfüllung und die Bedingung si institutus heres non erit ist noch vollständiger fehlgeschlagen, als im ersten Falle. — So ergiebt sich also, daß im Falle eines eingesetzten Sclaven in dem hinzugefügten si heres non erit liegt, daß der Substitut erst dann berechtigt seyn soll, wenn der Eingesetzte weder einen Andern zum Erben gemacht hat, noch selbst Erbe geworden ist.

b. Wenn dagegen der Testator einen freien Menschen zum Erben einsetzt, so legt er dem heres esto den Sinn bei, daß dieser selbst Erbe werden soll. Zwar muß er sich auch die Möglichkeit denken, daß der Eingesetzte inzwischen eine Standesveränderung erleide und dann einen Andern zum Erben mache. Aber der Testator wünscht dieses offenbar nicht, und wenn man auch keinen Grund hat, zu sagen: er würde, wenn er dieses gewußt, ihn gar nicht eingesetzt haben; (denn er hat doch einmal diese Person für alle Fälle gewählt und ihr kommt auch mutata conditione die Ein-

Digitized by Google

setzung immer noch einiger Maßen zu Gute,) so kann doch allerdings die Frage aufgeworfen werden, ob er ihn im Verhältniß zu Andern, die er auch eingesetzt, so ausschließlich berücksichtigt haben würde. Wenn er ihm also, si heres non esset, einen Andern substituirt hat, so folgt, daß er zwar den Instituten, wenn dieser selbst Erbe wird, dem Substituten schlechthin vorgezogen wissen will, wenn er aber nicht selbst Erbe wird, sondern einen Andern dazu macht, so kann der Substitut nicht schlechthin ausgeschlossen werden, weil dessen Bedingung, si instutus heres non esset, im Sinne des Testators gewissermaßen auch eingetreten ist. Demnach können die beiden in si heres non erit liegenden Bedingungen nicht beide zusammengenommen und als Eine Bedingung der Einsetzung des Substituten betrachtet, sondern sie müssen von einander gesondert, und als zwei verschiedenartige selbstständige, mithin alternative Bedingungen gefaßt werden und in ihrer Beurtheilung deren Rechte unterliegen. — Ob übrigens der unverhoffte Fall, daß der Eingesetzte einen Andern zum Erben macht, so wie eben gedacht, durch ein späteres Ereigniß oder so, daß der Eingesetzte, den der Testator für frei hielt, schon ursprünglich Sclav war, eintritt, macht natürlich keinen Unterschied, weil es hier blos auf die Interpretation des Willens des Testators ankommt; daher Julian berechtigt war, das, was er von dem erstern Falle aufgestellt hatte, ohne Weiteres auf den letztern vorliegenden Fall anzuwenden.

Noch ist aber ausdrücklich zu bemerken, — was sich freilich aus der vorstehenden Darstellung von selbst ergiebt, — daß man die Lehre von der Theilung mit dem sub conditione alternata substitutus hier nicht so blindlings anwenden darf, daß auch, wenn blos die zweite Bedingung des Substituten fehlgeschlagen, d. h. der Institut als freier Mensch (ingenuus oder manumissus) selbst Erbe geworden wäre, der Substitut wegen Existenz der ersten Bedingung (si alium

Digitized by Google

heredem non fecerit) zur Theilung zugelaſſen würde. Denn wenn der Inſtitut ſelbſt Erbe wird, will der Teſtator den Subſtituten gar nicht zugelaſſen haben, und folglich ſchließt im Sinne des Teſtators das Fehlſchlagen dieſer Bedingung zugleich das der andern ſo in ſich, als wenn der Inſtitut eine doppelte Perſon vorſtellte: die, welche Erbe wird, und die, welche Jemand (nehmlich ſich ſelbſt) zum Erben macht.

IV. Von der L. 3. C. de hered. instit. (6, 24.)

Es fragt ſich noch, inwiefern in dem Rechte der L. 40. dieſe L. 3. C. de hered. instit. (6, 24.) die ein von Kaiſer Alexander an den Soldaten Vitalis erlaſſenes, am ſechſten Tage vor den Kalenden des Mai's im J. 224 vor Gericht proponirtes Reſcript iſt, eine Aenderung bewirkt habe. Ihre Worte lauten ſo:

> Cum proponas Alexandrum equitem testamento primo loco Julianum ut libertum suum heredem instituisse, eique substituisse his verbis: *Quodsi ex aliqua causa primus heres hereditatem meam adire noluerit vel non potuerit, tunc in locum eius secundum heredem substituo Vitalem:* post mortem autem testatoris Julianum servum communem fuisse defuncti militis et Zoili fratris ejus apparuerit: an tu ex substitutione admittaris, voluntatis est quaestio. Nam si credens eum proprium et suum libertum heredem instituit, nec per eum ad alium quemquam hereditatem pertinere voluit, exstitit conditio substitutionis: tibique hereditas delata est. Quodsi verba substitutionis subscriptae ad ius retulit, ut si nec per semetipsum alium fecisset heredem (potuit enim, quamvis iubente domino nolle adire) ita demum substitus vocaretur; si tamen paruerit domino et adierit, substitutioni locus non est.

Ein Soldat Namens Alexander hatte den Julia-

nus als seinen Freigelassenen eingesetzt und ihm für den Fall, daß er die Erbschaft nicht antreten wollte oder könnte, den Vitalis substituirt. Nach des Testators Tode ergab es sich, daß der Eingesetzte Sclav gewesen sey und dem Testator mit seinem Bruder zusammen gehört habe. Es fragte sich nun, was aus der Einsetzung und der Substitution werden solle, und der Kaiser entschied den Fall so: wenn der Testator den Eigesetzten für seinen eigenen Freigelassenen gehalten und nicht gewollt habe, daß die Erbschaft durch ihn an einen Andern käme, so sey die Bedingung des Substituten eingetreten und diesem die Erbschaft deferirt. Wenn dagegen der Erblasser die Worte der Substitution im Rechtssinne verstanden, d. h. dabei an den Rechtssatz, daß Sclaven ihren Herren erwerben, gedacht hätte, so daß der Substitut erst dann, wenn der Eingesetzte [theils nicht selbst Erbe geworden wäre [1]), theils] auch nicht einmal einen Andern zum Erben gemacht hätte, berufen seyn sollte, so wäre, wenn der Sclav auf Geheiß seines Herrn angetreten hätte, die Substitution fehlgeschlagen. Dieser Sinn sey aber, ungeachtet der Worte in der Bedingung si heres adire noluerit, auch möglich, weil ja auch ein Sclav, ungeachtet des Befehls des Herrn, doch standhaft sich weigern könne, anzutreten.

Aus dieser vorläufigen Darlegung des Sinnes unseres Rescriptes erkennt man, daß der Kaiser die ihm vorgelegten Testamentsworte einer doppelten Auslegung fähig hielt: der Testator habe den eingesetzten Julianus entweder als Freien oder als Sclaven sich gedacht und danach auch die Substitution so oder so verstanden. Dieses ist auf den ersten Blick auffallend, da nach der ausdrücklich angegebenen

1) Diesen Satz läßt der Kaiser als sich von selbst verstehend hinweg. Eben damit er sich von selbst verstehen könne, muß man aber auch das nec . . . alium heredem fecerit mit „nicht einmal einen Andern zum Erben gemacht habe" übersetzen.

Digitized by Google

Voraussetzung der Erblasser den Julianus als seinen Freigelassenen eingesetzt haben soll, und hiernach blos der erstere Sinn möglich scheint. Allein der Kaiser hatte doch zu seiner Unterscheidung guten Grund. Wenn nehmlich der Testator den Eingesetzten als seinen Freigelassenen bezeichnete, so konnte er sich dabei zweierlei denken. Entweder glaubte er, der Eingesetzte sey schon früher sein Freigelassener gewesen, oder werde es wenigstens, weil er ihm allein als Sclav gehöre, jetzt durch die testamentarische Freilassung [1]); oder er wußte, daß bis dahin der Eingesetzte sein und seines Bruders gemeinschaftlicher Sclav gewesen sey, und wollte mit dem Zusatze libertum meum nur ausdrücken, daß er ihn jetzt freilasse. Im letztern Falle konnte er rechtlich keinen andern Willen haben, — und sein Wille mußte folglich so ausgelegt werden [2]), — als daß durch die Aufgebung seines Theils am Sclaven vermöge der testamentarischen Freilassung sein Bruder und Miteigenthümer iure accrescendi völliger Eigenthümer des eingesetzten Sclaven [3]) und

1) Dieses letztere muß auch mit als möglicher Weise vom Testator angenommen gedacht, und darauf können die Worte credens eum proprium et suum libertum heredem instituit am besten bezogen werden.

2) Mit den Worten ius respexit soll also ausgedrückt werden, daß in dem entgegengesetzten Falle, (wenn der Testator wußte, der Eingesetzte sey sein und seines Bruders Sclav,) der Testator nach dem Rechte selbst keinen andern Willen haben konnte; denn auch der Wille eines Soldaten muß nach der Vernunft und dem Rechte, wie sie sich den Umständen gemäß ergeben, ausgelegt werden. Das Recht aber, wovon hier die Rede ist, besteht theils in dem ius accrescendi, theils in dem Satze, daß ein Sclav ex persona domini erbfähig ist und auch, wenn er nur zum Theil einem Andern gehört, dieser durch ihn zum Erben gemacht wird.

3) Justinian hat bekanntlich in L. 1. C. de comm. serv. manum. (7, 7.) das alte ius accrescendi bei Manumission eines Miteigenthümers aufgehoben, und so konnte man glauben, unsere Stelle sey im Justinianischen Rechte unpassend. Dieses ist jedoch nicht der Fall. Denn die L. 1. cit. sagt §. 1. in den Worten: licet et ipse communis servus heres institutus sit et hoc moriturus dixerit nach

Digitized by Google

durch diesen auch sein alleiniger Erbe würde [1]); nur an die Möglichkeit konnte er auch denken, daß inzwischen auch sein Bruder freiließe und dadurch ihn entweder iure accrescendi zum völligen Eigenthümer machte, oder doch von seiner Seite die Freilassung ergänzte [2]), in welchen beiden Fällen der Sclav völlig frei und selbst heres necessarius geworden wäre. Dieses Recht galt auch vom Testament eines Soldaten; denn obwohl, wie uns Justinian in L. 1. pr. C. de comm. serv. manum. (7, 7.) berichtet, eine Verordnung von Severus die Erben eines Soldaten, der einen ihm theilweise gehörigen Sclaven im Testament freigelassen hätte,

---

dem Zusammenhange des letzteren ausdrücklich, daß in dem genannten Falle der Freilassung und Einsetzung eines gemeinschaftlichen Sclaven die Miteigenthümer nur dann genöthigt werden sollen, ihren Antheil am Sclaven aufzugeben, wenn der Testator dieses verlangt hat, — was in dem Falle der L. 3. cit. nicht geschehen war. Demnach würde auch nach Justinianischem Rechte in diesem Falle der Bruder des Testators Eigenthümer des ganzen Sclaven, wenn auch nicht iure accrescendi, aber doch durch die Erbfolge selbst geworden seyn.

1) Darüber, daß wenn Jemand seinem ihm und einem Dritten gehörigen Sclaven ein Legat hinterlassen hat, dieses dem Dritten ganz erworben wird, vgl. L. 63. §. 9. D. pro soc. (17, 2.) L. 11. D. de opt. leg. (33, 5.) L. 49. pr. D. ad l. Falc. (35, 2.) Paul. S. R. 3, 6. §. 4. und Schulting ad h. l. p. 355. Eben so denn auch bei der Erbeseinsetzung L. 3. pr. D. de hered. institut. (28, 5). Doch hat Justinian vermieden, hierüber bestimmtere und mehrere Stellen aufzunehmen, weil nach seiner L. 1. C. de comm. serv. manum. in diesem Falle, wo der Sclav nothwendig auch freigelassen wurde, der Miteigenthümer regelmäßig genöthigt wurde, zur Frei- und Erbwerdung des Sclaven selbst beizutragen. Vgl. die vorher gehende Anm. Nach altem Rechte mußte es gleichviel seyn, ob der Testator den eingesetzten gemeinschaftlichen Sclaven auch freiließ oder nicht; denn in beiden Fällen kam derselbe in das völlige Eigenthum des socius, im ersteren iure accrescendi, im letztern durch die Erbschaft selbst, zu der der Theil des Testators am Sclaven gehörte.

2) Dieses letzte ließe sich nicht wohl anders denken, als in dem Falle der L. 8. pr. D. de hered. inst. (28, 5.), daß nehmlich sein Bruder ebenfalls im Testament den Sclaven freigelassen hätte und in derselben Schlacht umgekommen wäre.

Digitized by Google

nöthigte, die Antheile der Miteigenthümer an sich zu kaufen und dann die Freilassung völlig zu bewirken, und nach einer Verordnung von Severus und Antoninus, in Uebereinstimmung mit einer frühern Meinung des Ser. Aelius Catus, jeder, der einen Sclaven freilassen wollte, den Miteigenthümer zum Verkauf seines Antheils nöthigen konnte, so leuchtet doch ein, daß die letztere Verordnung hierher gar nicht paßt, die erstere aber auch nicht wohl auf den Fall bezogen werden kann, wo der Sclav selbst zum Erben eingesetzt worden ist.

Auch ist noch zu bemerken, daß unser Rescript mit folgender, von Ulpian herrührenden Pandektenstelle durchaus nicht im Widerspruche steht. L. 13. §. 3. D. de testam. mil. (29, 1.): Si servum proprium, quem liberum esse credidisset, miles heredem sine libertate instituit: in ea conditione est, ut institutio non valeat. Der Grund dieser Ungültigkeit ist offenbar dieser, daß, da der Testator den, den er für frei hielt, nicht hat freilassen wollen, nichts als die nichtige Einsetzung eines eigenen Sclaven ohne Freilassung vorliegt: wäre der Eingesetzte ein fremder Sclav gewesen, so würde der Gültigkeit der Einsetzung nichts entgegenstehen, da in der Person nicht geirrt, der Irrthum über Eigenschaften aber unschädlich ist. Da nun in unserem Rescripte der Eingesetzte wenigstens zum Theil ein fremder Sclav war, — was eben so gut ist, als wenn er ganz fremd gewesen wäre, — so nimmt dasselbe mit Recht keine Ungültigkeit der Einsetzung an.

Nach diesen, den Sinn des Rescripts für sich betreffenden Bemerkungen wenden wir uns nun zu der Frage nach seinem Verhältnisse zu der Entscheidung in L. 40. D. eod. Offenbar weicht es von dieser ab. Der Kaiser sagt, daß, wenn der Testator den Eingesetzten für einen freien Menschen gehalten und nicht gewollt habe, daß durch ihn die

Digitized by Google

Erbschaft einem Andern erworben werde [1]), die Bedingung der Substitution eingetreten sey und die Erbschaft dem Substituten zufalle, — was schwerlich etwas Anderes heißen kann, als daß nun der Substitut, mit Ausschließung des Zoilus, des Herrn des Eingesetzten, alleiniger Erbe werden solle; denn wäre die Meinung des Kaisers gewesen, daß der Substitut nur Miterbe mit dem Herrn des Instituten werden solle, so hätte er dieses deutlich ausdrücken müssen, wie dieses in L. 40. D. eod. und §. 4. J. de vulg. subst. mit den Worten in partem hereditatis admitti geschieht. Nach diesen letztern Stellen würde dagegen der Substitut nur zu einem Viertheil Miterbe des Zoilus geworden seyn.

Woher nun dieser Widerspruch? Offenbar, weil hier das Testament eines Soldaten zur Frage stand. In einem solchen entscheidet der bloße Wille. Wenn also der Testator wollte, der Institut selbst sollte Erbe werden, und nicht wollte, daß er einen Andern zum Erben machte, so muß der Eingesetzte als nicht eingesetzt betrachtet werden, wenn er sich in einem Zustande befand, nach welchem er selbst nicht Erbe werden konnte. Dieses Nichtwollen muß aber auch bewiesen werden können; wäre die Sache zweifelhaft, so würde immer noch das gesetzliche Recht L. 40. D. eod. eintreten: daher der Kaiser nicht blos sagt: si credens eum proprium et suum libertum heredem instituit, sondern noch hinzugefügt: nec per eum ad alium quemquam hereditatem pertinere voluit. Doch wird man bei einem Soldaten leicht geneigt seyn, wenn nur feststeht, daß er den Sclaven

1) Damit ist offenbar blos gemeint: vermöge des gegenwärtigen Zustandes des Eingesetzten. Denkt man sich, daß der Eingesetzte frei war und erst später mutata conditione einen Anderen zum Erben machte, so muß angenommen werden, daß alsdann der Substitut nach gewöhnlichem Rechte ¼ bekomme; wenn nicht etwa auf's Bestimmteste nachgewiesen werden könnte, was sich aber hier kaum denken läßt, der Erblasser habe überhaupt nicht gewollt, daß ein Anderer Erbe werde.

Digitized by Google

für einen freien Menschen hielt, auch anzunehmen, daß er gewollt habe, nur der Eingesetzte selbst solle die Erbschaft bekommen, und wenn dieses nicht angehe, der Substitut fürs Ganze berufen seyn [1]). Denn der einfache, natürliche Wille, der nicht auf verwickelte Rechtsfolgen Rücksicht nimmt, — und einen solchen hat man beim Soldaten eher vorauszusetzen, — geht doch bei der Einsetzung eines homo sui iuris dahin, daß er selbst den vollen Vortheil der Erbeseinsetzung erhalten solle, und wenn dieses nicht geschehe, solle die Erbschaft dem Andern, den der Testator bezeichnet, zufallen: an eine Theilung zwischen dem, der durch den Eingesetzten erwirbt, und dem Substituten wird der Soldat nicht leicht denken. Hieraus ergiebt sich aber auch, daß auf diese Auslegung des vorliegenden letzten Willens ohne Zweifel der Umstand, daß ein Substitut hinzugefügt war, einen entscheidenden Einfluß geübt hat. Denken wir uns, daß blos der Sclav Julianus eingesetzt und Niemand substituirt worden wäre, so würde kein hinlänglicher Grund vorhanden seyn, die Einsetzung für nichtig zu halten, da wir früher gesehen haben, daß die Einsetzung nicht ohne allen Vortheil für den Eingesetzten selbst ist, wenn auch nicht er, sondern durch ihn sein Herr Erbe wird, und da folglich auch nicht schlechthin behauptet werden kann, der Testator würde, wenn er gewußt hätte, daß der Eingesetzte nicht für sich selbst erwerben könne, gar nicht testirt haben.

Würde nun aber, wenn bewiesen werden könnte, daß der Erblasser nicht gewollt habe, daß durch den Eingesetzten ein Anderer erwerbe, nicht auch im Testament eines Nicht-

1) Wenn der Soldat z. B. gesagt hätte: Julianus soll mein ganzes Vermögen haben, so wäre damit wohl hinlänglich angezeigt, daß er denselben nicht blos zum Erben einsetzen, sondern auch den Fall, daß ein Anderer durch ihn Erbe würde, ausschließen wollte. Bei dem bloßen Ausdruck: Julianus soll Erbe seyn, läßt sich dieses nicht behaupten.

Digitized by Google

soldaten der Substitut dem eingesetzten Sclaven völlig vorgezogen werden müssen? Dies läßt sich schwerlich behaupten. Denn das hieße so viel, als daß die doch unbedingt geschehene Einsetzung, durch die der Eingesetzte jedenfalls berufen ist, einen Rechtserfolg nicht haben sollte, den sie nach dem Stande des Eingesetzten nothwendig haben muß, — den Herrn des Eingesetzten zum Erben zu machen. Eine unbedingte Einsetzung aber zu einer bedingten (Titius, si ipse heres fieri potest, heres esto,) umzudeuten, ist eine Freiheit, die man nach Justinianischem Rechte bei der formellen publicistischen Natur des testamentum paganum sich nicht erlauben darf.

V. Heutiger Gebrauch der L. 40. D. de hered. instit.

Eigentlich sind es drei Hauptsätze, die wir als noch dem Justinianischen Rechte angehörig durch das richtige Verständniß der L. 40. cit. und der damit in Verbindung stehenden Stellen kennen gelernt haben:

1) Wenn Jemand einen Erben eingesetzt und unter alternativen Bedingungen ihm einen Andern substituirt oder richtiger adjicirt hat, so ist die Erbschaft in so viele gleiche Theile, als Bedingungen gesetzt sind, zerlegt zu denken, und wenn eine oder mehrere oder alle Bedingungen eintreten, so wird der Substitut zur Hälfte Miterbe des Eingesetzten in demjenigen oder denjenigen Theilen, deren entsprechende Bedingungen eingetreten sind. Auch gilt dieses bei dem Sinne nach negativen Bedingungen, wenn sie nur alternativ ausgedrückt sind.

2) Wenn Jemand einen homo alieni iuris, den er für sui iuris hielt, oder einen homo sui iuris, der nachher alieni iuris wird und seinen Gewalthaber durch die Antretung zum Erben macht, eingesetzt und ihm für den Fall, daß er nicht Erbe würde, einen Andern substituirt hat, so wird der

Digitized by Google

Substitut Miterbe dessen, dem der Eingesetzte vermöge seines Standes die Erbschaft erwirbt, zu einem Viertheil.

3) Im Testamente eines Soldaten wird dagegen in diesem Falle der Substitut alleiniger Erbe, wenn bewiesen werden kann, der Testator habe nicht gewollt, daß durch den Eingesetzten ein Anderer Erbe werde.

Von allen diesen Sätzen enthalten die gangbaren Bücher über das Civilrecht nichts. Es lohnt sich also wohl noch der Mühe, zu fragen, ob sie heutiges Tages noch anwendbar seyen.

Was den ersten Satz betrifft, so haben wir oben unter III. gezeigt, daß er im Justinianischen Rechte selbst durch die L. 6. C. de institutt. et substitutt. (6, 25.) nicht als allgemein, sondern blos in Anwendung auf die dort speciell genannten Bedingungen als abgeschafft angesehen werden kann. Es wird aber schwerlich geläugnet werden können, daß er wenigstens in seiner vollen Strenge eben so, wie so manches Andere, was aus der alten Römischen Jurisprudenz stammt, auf einer Interpretation beruht, die uns jetzt übermäßig subtil erscheint.

Dennoch dürfte sich gegen die Festhaltung dieses Princips selbst bei der Auslegung heutiger Testamente nichts Genügendes einwenden, sondern nur so viel sagen lassen, daß, wenn nach unserer heutigen Denk- und Sprachweise oder sonstigen speciellen Gründen, die in dem Testament oder in den Umständen liegen, sich deutlich ein anderer Sinn des Testators ergiebt, dieser vorgezogen werden muß. Wir haben nehmlich oben gezeigt, daß der Grundsatz selbst in der Logik der Sprache wohl begründet und blos aus ihr von den Römischen Juristen entnommen ist. Eben diese muß aber auch bei uns immer noch als die Hauptbasis der Auslegung von Willenserklärungen gelten. Nur dürfen wir dabei nicht übersehen, daß bei uns der Geist und Wille des Redenden in der Sprache nicht mehr so präsent, nicht mehr so objectiv plastisch mit ihr verschlungen und gleichsam in sie auf-

Digitized by Google

gegangen ist, als bei den Alten. Vielmehr sind bei uns nach einer weltgeschichtlichen Entwickelung des Menschengeistes Ideales und Reales weit mehr auseinander getreten, der Geist schwebt in freier subjectiver Höhe über dem Wort, welches eben damit seine volle Kraft, Bestimmtheit und Bedeutungsfülle eingebüßt hat, und wir würden gar häufig den offenbaren Willen der Partheien verläugnen müssen, was aber doch namentlich bei Beurtheilung von Bedingungen nicht geschehen soll [1]), wenn wir noch durchaus die formulären Interpretationsgründsätze des Römischen Rechts anwenden wollten. Zwar schon innerhalb der Bahn, welche die Römische Rechtsgeschichte durchlaufen hat, zeigt sich ein solcher Uebergang von der Macht des Worts zu der des Geistes, indem während der Kaiserzeit die Festigkeit der alten Redeweise immer mehr von der Freiheit des subjectiven Geistes durchbrochen wurde; allein noch viel weiter ist die letztere bei uns gediehen, so daß wir auch das nicht mehr schechthin anwenden dürfen, was zu Justinian's Zeit noch unbedenklich erscheinen konnte.

Schon in den oben für den fraglichen Satz angeführten Stellen haben wir mehrfach eine Hinneigung gefunden, alternative Bedingungen negativen Inhalts, wenn der Wille des Testators dafür sprach, als copulative aufzufassen, so daß der Substitut ausgeschlossen wurde, wenn auch nur eine dieser Bedingungen unerfüllt blieb. Jetzt werden wir wohl im Allgemeinen sagen dürfen, daß es im Sinne der Testatoren in der Regel gleich viel sey, ob dem Sinne nach negative Bedingungen einer Substitution alternativ oder copulativ ausgedrückt seyen. Ob z. B. ein Testator, der A eingesetzt hat, sagt: „wenn A zur Zeit meines Todes keine

1) L. 19. pr. D. de conditt. et demonstr. (35, 1.). In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones. — L. 101. pr. D. eod. .... cum in conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oporteat ....

Geschwister oder keine Oheime mehr hat, so soll auch B Erbe seyn," oder: „wenn A zur Zeit meines Todes weder Geschwister noch Oheime hat, soll auch B Erbe seyn," wird keine Verschiedenheit mehr begründen und die Erbeseinsetzung stets im letztern Sinne verstanden werden müssen. Sind aber die Bedingungen nicht negativ, so werden sie als alternative ihre Kraft behalten, z. B. „wenn (der eingesetzte) A das große Loos gewinnt oder seinen Vater schon beerbt hat, so soll auch B Erbe seyn." Auch wäre nicht abzusehen, weshalb man dem B in solchem Falle gegen die Grundsätze des Justinianischen Rechts mehr als ein Viertheil geben sollte, — wenn nicht etwa aus besonderen Gründen die Absicht des Testators, anders zu theilen, erhellte.

Bedenklicher kann es oft seyn, ob der Erblasser überhaupt eine bedingte adiectio heredis und nicht vielmehr ein Universalfideicommiß oder eine Einsetzung des Instituten unter der entgegengesetzten Suspensivbedingung beabsichtigt hat. Man nehme diesen Fall: „A soll mein Erbe seyn; wenn er aber sich scheidet oder seiner Frau Schulden nicht bezahlt, so soll es vielmehr B seyn." Hier wird Niemand zweifeln, daß A unter der Bedingung, daß er sich nicht scheide und seiner Frau Schulden bezahle, und unter der entgegengesetzten alternativen Bedingung B eingesetzt sey [1]): und dasselbe würde auch noch zu behaupten seyn, wenn das

1) In den neuerlichen Untersuchungen der Frage, ob eine Resolutivbedingung bei Erbeseinsetzungen sich in die umgekehrte Suspensivbedingung verwandele, von Wening, Thibaut und Zimmern (Archiv f. civilist. Prax. Bd. 1. Abh. IX. Bd. 5. Abh. XIII. S. 313. flg. Bd. 7. Abh. VII. und XIX. vgl. auch Sell Versuche Thl. 2. §. 57.) ist dieser wichtigste Fall der Entgegenstellung einer andern Erbeseinsetzung gar nicht berücksichtigt worden. Daß wir ihn selbst im Sinne unserer Quellen entschieden, beweist auch L. 47. pr. D. de hered. instit. (28, 5.): Si ita scriptum fuerit, *Titius, imo Seius, heres esto:* Seium solum heredem fore, respondit. Sed et si ita, *Titius heres esto, imo Seius heres esto:* idem erit dicendum. Vgl. auch L. un. C. de his quae poenae nom. (6, 41.).

Wörtchen aber oder vielmehr, ja vielleicht auch noch, wenn beide fehlten. Wäre in der zweiten Bedingung hinzugefügt: „von meiner Erbschaft," so hätte der Erblasser ohne Zweifel gewollt, daß wenn einer oder der andere Fall einträte, A die Erbschaft als Fideicommiß an B herausgeben sollte.

Der zweite Satz fällt in der Anwendung, welche L. 40. D. de hered. instit. von ihm macht, bei uns mit der Sclaverei selbst natürlich hinweg. Auch wenn ein filiusfamilias eingesetzt ist, den der Erblasser für sui iuris hielt, kann er in der Regel nicht mehr vorkommen, weil seit Einführung der bona, quae liberis acquiruntur, auch filiifamilias selbst Erben werden, und hierin mag der Grund liegen, warum Justinian nur von Sclaven sprechende Stellen dieser Art in seine Rechtsbücher hat aufnehmen lassen. Doch kann in Einer Anwendung, nehmlich auf die Transmissionsfälle, auch jetzt noch der Satz zur Frage kommen. Wir meinen nicht die s. g. transmissio Theodosiana und Justinianea; denn hierbei läßt sich nicht wohl ein faktischer Irrthum denken, der den Willen des Testators in dieser Beziehung alterirte, und es muß in der Regel angenommen werden, daß, wenn dem transmittirenden eingesetzten Erben ein anderer substituirt ist, der Testator selbst wollte, der Substitut solle nur dann berufen seyn, wenn weder der Institut selbst, noch, wenn dieser sein Descendent ist und vor Eröffnung des Testaments verstirbt, dessen Kinder, oder (im Falle der Justinianischen Transmission) wenn weder der Institut noch nach dessen Tode innerhalb der Deliberationsfrist dessen Erben die Erbschaft angetreten hätten [1]). Dagegen denke man sich fol-

1) Vgl. Fr. Duaren. in tit. de vulg. et pup. subst. c. 10. Opp. Tom. I. p. 438. Voet. ad tit. D. de vulg. et pup. subst. §. 4. Thibaut Versuche Bd. 1. Abh. XIII. Mühlenbruch Lehrb. des Pandektenrechts B. 3. §. 669. — Von der transmissio ex cap. in integrum restitutionis muß ebenfalls dasselbe gelten.

Digitized by Google

genden Fall: Jemand setzt einen filiusfamilias infans ein, den er für sui iuris hält und substituirt ihm für den Fall, daß er nicht Erbe werden würde, einen Dritten; der Eingesetzte stirbt in der Kindheit und der Vater tritt die Erbschaft an [1]; oder: der Vater des eingesetzten und mit einem Substituten versehenen vermeintlichen patersamilias erwirbt deswegen die Erbschaft, weil der eingesetzte filiusfamilias nicht antreten wollte [2]: hier würde in der That noch das Recht der L. 40. gelten müssen, d. h. der Vater nur $\frac{3}{4}$, der Substitut $\frac{1}{4}$ der Erbschaft erhalten. Nicht minder würde nach derselben Stelle, wenn ein filiusfamilias, den der Testator als solchen kannte, eingesetzt wäre, der Substitut erst dann berufen werden, wenn jener weder selbst noch statt seiner sein Vater erworben hätte [3]; und wenn Jemand einen patersamilias eingesetzt hätte, der später filiusfamilias geworden wäre, die Erbschaft dem Substituten zu einem Viertheil dann zufalle, wenn statt des Eingesetzten der, in dessen Gewalt er durch die Legitimation oder Adoption gekommen wäre, angetreten hätte. — Noch ein ähnlicher Fall wäre nach Justinianischem Rechte, wenn man Jemand eingesetzt und ihm substituirt hätte, ohne zu wissen, daß der Eingesetzte Mönch geworden wäre, und nun das Kloster durch ihn erwürbe [4].

Was endlich den dritten Satz betrifft, so hat auch

1) Nach L. 18. §. 1. C. de iur. delib. (6, 30.)

2) L. 8. pr. §. 1. C. de bonis quae lib. (6, 61.).

3) Dieses sagt auch noch ausdrücklich — obgleich nur für den Fall, daß der Vater durch den antretenden filiusfamilias erwirbt, dem aber der unsrige wesentlich ganz gleich steht, — L. 7. pr. D. de acquir. hered. (29, 2.) Si quis filiumfamilias heredem instituerit et ita scripserit: *Si mihi Titius iste filiusfamilias heres non erit, Sempronius heres esto*: filio adeunte iussu patris, substitutus excluditur. — Daß derjenige, welcher vermöge der transmissio ex capite infantiae die Erbschaft erwirbt, dem Substituten noch vorgehe, haben Duaren. l. c. p. 436. und Voet. l. c. §. 5. recht gut ausgeführt.

4) Nov. 5. c. 5.

dieser in den eben gedachten Fällen noch seine praktische Bedeutung. Wenn also ein Soldat Jemand, den er irrig für sui iuris hielt, eingesetzt und ihm, falls er nicht Erbe würde, substituirt hat, so wird, sobald es sich entschieden hat, daß der Eingesetzte nicht selbst Erbe werden kann, der Substitut mit Ausschluß des Vaters des filiusfamilias alleiniger Erbe, vorausgesetzt nur, daß aus den Umständen erhellt, der Erblasser habe nicht gewollt, daß statt des Eingesetzten ein Anderer Erbe werde. Dieses anzunehmen, wird man aber in dem Falle der transmissio ex capite infantiae noch viel geneigter seyn müssen, als in dem der L. 3. C. de hered. instit., weil dort für die Person, welche der Soldat honoriren wollte, durch deren Tod wirklich aller Vortheil aus deren Erbeseinsetzung wegfällt. Auch wäre im Testament eines Soldaten selbst für den Fall der transmissio Theodosiana und Justinianea wohl anzunehmen, daß, wenn der Testator offenbar die natürliche Person des eingesetzten Erben im Auge gehabt hätte, der Substitut dem Descendenten oder Erben des ausgefallenen Instituten vorzuziehen sey.

Endlich dürfte nach der freiern Natur unserer heutigen letztwilligen Erklärungen selbst behauptet werden müssen, daß auch in einem testamentum paganum, sobald deutlich erhellt, daß der Testator den Substituten berufen wollte, wenn der Institut nicht selbst Erbe würde, diesem Willen Folge zu geben sey. Denn wenn wir die Uebertragung der Erbeseinsetzung auf einen Andern unter einer gewissen Bedingung für eine Erbeseinsetzung des Ersten unter der entgegengesetzten Bedingung nehmen durften, so ist nicht abzusehen, warum nicht auch die Bedingung: wenn der Eingesetzte selbst Erbe werden würde, aus dem Zusammenhange entnommen und als der Einsetzung hinzugefügt gedacht werden sollte. Ganz unzweifelhaft wäre z. B. folgende Einsetzung: „A soll Erbe seyn; wenn er aber nicht selbst Erbe werden könnte, soll B ihm substituirt seyn," dieser gleich: „A soll

Digitized by Google

Erbe seyn; wenn er selbst die Erbschaft erlangen kann; wird A nicht mein Erbe, so soll es B seyn." Eben so würden wir aber unbedenklich auch ein Verbot der Transmission zu Gunsten des Substituten auslegen. Auch müßte man wohl, wenn der Erblasser gesagt hätte: „A soll Erbe seyn; wenn er meine Erbschaft nicht antreten will, soll B ihm substituirt seyn," den Substituten dem Vater des A, der, nachdem dieser ausgeschlagen hätte, auf die Erbschaft Anspruch machte, vorziehen. Noch mehrere Fälle anzuführen, unterlassen wir, weil, alle zu erschöpfen, doch unmöglich seyn würde, das angegebene Prinzip aber hinreichen wird, überall auf das Richtige zu führen.

Digitized by Google

Sach-Register zum zwölften Bande.

(Die Ziffer weisen auf die Seitenzahl hin.)

Abwesenheit der Partheien — Nichtigkeit, wenn in solcher eine Sentenz publicirt war 14. Justa Absentiae Causa 16. Erörterungen in Bezug auf Abw. 20. ff.
Accessio Possessionis 112. f. 116. 118.
Accusatio expilatä Hereditatis 121.
Actio confessoria 156. 203. 205. 286. f. 318. A. c. utilis 191. 316. A. Furti 121. A. Judicati 6. f. 16. A. Legis Aquiliae 122. A. negatoria 151. 178. 287. 301. A. Spolii 124. 173. ff. 301. 304. ff. 320. f. A. utilis 138. 143. Actiones Rei perfecutoriä ex Delicto oriundae in Bezug auf Interdicte 211.
Adjectio Heredis 398. ff. 407. 422.
Adquisitivverjährung 315.
Adulterini (Liberi) 356. ff.
Advocatus Fisci in Bezug auf Nichtigkeiten 14. Anwälte, wenn sie sich Prävarication haben zu Schulden kommen lassen — Nichtigkeit des Verfahrens 14.
Animus in Bezug auf Besitz resp. Quasi-Besitz 108. 153. 191. 314.
Appellant 131. ff. In Bezug auf besondere Klage wegen nicht bedungener Zinsen 138.
Appellat 132. ff.
Appellation, Rechtsmittel der, 5. ff. 16. 20. f. 29. 33. 38. 40. 43. f. 46. 63. f. 131. 138. ff. 214. ff. 244. ff. 254. 264. ff.
Appellationserkenntniß in Bezug auf besondere Klage wegen nicht bedungener Zinsen 138. 141.
Appellationsfrist 28.
Appellationsinterpositionsfatale 265.
Appellationslibell 131. ff.
Appellationsrichter 132. 138. s. Oberrichter.
Appellationssumme — über die Nachweisung derselben 126. ff. — 245.
Apprehension — Erwerbung des Besitzes durch diese 110. ff. 116. 120. ff. 123.
Aquä Ductus aestivus 324.
Assensus in Bezug auf Nichtigkeit 27 f.
Bannrechte 298.
Baufrohnen 324.
Beholzigungsservitut 201. 209.
Beneficium Inventarii 98. B. Legis Falcidiae 96.
Bergbau in Bezug auf Quasi-Possessio 295. 297.
Besitz in Bezug auf Verzinslichkeit illiquider Schulden s. Possessio. — Geht der von dem Erblasser ausgeübte Besitz durch die Erbschaftsantretung auf den Erben über? 105. ff. B. im rechtlichen Sinne 116. B. in Bezug auf Lehngüter 123.
Besitzfehler 171.
Besitzklage 324.
Besitznachfolger 210. ff.
Besitzprozeß — Eintheilung desselben in Possessorium ordinarium und summarium oder summariissimum 166. (Jüngster Besitzprozeß) 172.
Besitzvorgänger 211.
Besthaupt 324.
Blutzehnten 324.
Bringzehnten 322.
Bürge — Die Mora des Hauptschuldners wirkt auch gegen den Bürgen 101.
Bürgschaft in Bezug auf Streitgenossenschaft 267. ff.
Causä Cognitio in Bezug auf Restitutionsgesuch 21. Justa Causa ditto 21. Cogn. extraordinaria 21. — 55. Causä oder Judicii Restauratio im Wege der Restitution 16.
Cautio Damni infecti 212.
Complexus nefarius, incestus, damnatus 327. 353.
Compulsorialien 130.

Digitized by Google

Concubinat 326. ff.
Concubine 329. 331. 333 338. 350. 364. 371.
Concubinenkinder 329. ff. 361. ff.
Condemnatio 39. f.
Condictio Indebiti 7.
Confessorienklage s. Actio confessoria.
Conjugium 331.
Conjunctio legitima in Bezug auf Concubinat 332.
Consortium in Bezug auf väterliche Gewalt 329.
Consuetudo=Geschlechtsumgang 334. f.
Contumacialerkenntniß in Bezug auf Nichtigkeit 18. 25.
Contumacialverfahren 29.
Contumax 20.
Cretio in Bezug auf Erbeseinsetzung 382. ff.
Cretionszeit 382. 383. Not.
Curator in Bezug auf besondere Klage wegen nicht bedungener Zinsen 142. C. Hereditatis jacentis 123.
Decendium in Bezug auf Nullitätsquerel 231. 235. 249. 254. 261.
Defectus in Bezug auf Nichtigkeiten im Verfahren 47. D. sanabiles 49. — 55. ff. D. insanabilis, irreparabilis 245. 247. f. 255. D. rücksichtlich des Ordo de Substantia oder des Ordo de Justitia 56. ff. 260.
Dejectio aus dem Besitz 155. 164. 320.
Deliberationsfrist 423.
Deposition als Hemmungsgrund der Verzugszinspflichtigkeit 85. 92.
Detention 117.
Diaconi 358.
Diöcesanverhältnisse in Bezug auf Besitzrechte 290.
Dominium Litis 63.
Edictalcitation 27.
Edictalverfahren 27.
Ehe in Bezug auf väterliche Gewalt. 329. ff.
Eid, nothwendiger, 43.
Eigenthümer in Bezug auf Besitz 165.
Einrede der Incompetenz 127. s. Exceptio. Einrede der Vorausklage (des Bürgen) gegen den Hauptschuldner 101.
Emphyteusis 146. 175. 291. 314.
Entschuldigungsgründe für Nichterscheinen 19. ff.
Erbe, dessen Haftbarkeit er Mora 102. E. in Bezug auf Besitz 120. ff. Regel des altdeutschen Erbrechts: „Der Todte erbt den Lebendigen" 125.
Erbeinsetzungen, bedingte, 375. ff.
Erlöschen einer rechtlich bestehenden Servitut durch Nichtgebrauch 158. Not. 1.
Error Calculi — wird niemals rechtskräftig 44.
Erwerbung einer Servitut durch fortgesetzten Gebrauch (Ersitzung) 158. Not. 1.
Exceptio in Bezug auf Nichtigkeit des Verfahrens 46. ff. E. Fori incompetentis 133. E. non oder nondum competentis Actionis 129. E. Pacti de non Petendo 129. E. Pluspetitionis 129. E. precarii Usus 198. E. Rei judicatae 6. 42. 142. E. Retentionis 129.
Execution — in wiefern sie durch die Nullitätsquerel gehemmt werde 63.
Extraneus (Heres) 383.
Factum als Bedingung der Possessio Corporis 314. F. turbativum in Bezug auf Quasi-Besitz 173.
Fahrgerechtigkeit 315.
Fatale (Decendii) 231. 235. 245. 249. 254. 261.
Filius vel Filia naturalis 345.
Fides bona 194. 315. F. mala in Bezug auf Besitz 113. ff. M. F. supervenions schadet nach röm. Recht nicht 114.
Filiifamilias — Gründe, aus welchen diese ihre Ascendenten enterben können, 369. ff. — 423.
Forderungen, illiquide, — was darunter zu verstehen sey 76. ff.
Formularprozeß 6.
Freigeborne 331. 378.
Freigelassene 333. 412.
Frohnberechtigter 324.
Frohnpflichtige 324.
Fruchtgenuß als Grund zur Verpflichtung der Entrichtung von Verzugszinsen wegen Uebergabe der verkauften Sache 90. ff.
Gehör, rechtl., — Nichtigkeit, wenn ohne solches entschieden worden, 13. 25.
Gemeinden, die keinen Vormund oder Curator hatten, in Bezug auf Nichtigkeiten 12.

Digitized by Google

Gerichtssprache der Römer war anfänglich die lateinische 297.
Geschäftsführer in Bezug auf besondere Klage wegen nicht bedungener Zinsen 113.
Gesellschaft in Bezug auf Streitgenossenschaft 267.
Gewalt, väterliche, 326. ff.
Gewerbe in Bezug auf Quasi-Besitz ꝛc. 304.
Hausfohn 371.
Hereditas jacens 105. ff. 118.
Herrs (suus) in Bezug auf Besitz 110. 115. f. Erbe. Extraneus H. ditto 110; in Bezug auf Erbeseinsetzung 383. 405. 410. ff.
Holzzehnten 371.
Id quod interest 208. 211.
Incestuosi (Liberi) 355. ff.
Institut in Bezug auf Erbeseinsetzung 380. ff. 401. 408. 425. ff.
Interdicte 115. 146. ff. 163. ff. 173. 202. ff. 304. ff. 320. ff. Interdicten-Besitz 117. 315.
Interpellation, gerichtliche, in Bezug auf Mora 79. 87. 95.
Jurisdictionsverhältnisse in Bezug auf Besitzrechte 291.
Juris Possessor 165. Juris quasi Possessio 146.
Jus accrescendi 383. 397. 414. J. in Re aliena 160. ff. 175. 290. J. Servitutis 205. Jus in Thesi 34. ff. Jus in Hypothesi 31. ff.
Kaufpreis, Grund der Verzinslichkeit desselben 90. — 103.
Käufer, Fruchtgenuß desselben als Verpflichtungsgrund zur Verzugszinsenzahlung wegen Uebergabe der verkauften Sache 90. ff.
Kinder, uneheliche — Welche uneheliche Kinder können nach röm. Recht legitimirt werden? 326. ff.
Klage, besondere, wegen nicht stipulirter Zinsen 137. ff.
Klagenverjährung 316.
Kriegsbefestigung (Litiscontestation) in Bezug auf Nullität 227. 215.
Kriegsgefangenschaft in Bezug auf Usucapion 119.
Legatar 97. ff.
Legate in Bezug auf Berechnung der Quarta Facidia und Verzinslichkeit illiquider Schulden 94. ff.
Legitimatio fit Judici 133. Legitimation des Anwaltes, Mangel derselben in Bezug auf Streitgenossenschaft 272. f. L. unehelicher Kinder 326. ff. L. durch Matrimonium subsequens 337. 355. 368. L. durch Oblatio Curiae 337. ff. 345. L. per Testamentum 345.
Leibzucht 325.
Lex Falcidia 89. 96. ff. L. Julia de Adulteriis 333.
Litiscontestation 53. 87. 100. 152. 271.
Mandatar 268.
Mängel — heilbare und unheilbare, 50. ff. s. Defectus.
Mahnung, außergerichtliche, in Bezug auf Verzinslichkeit illiquider Schulden 95. s. Interpellation.
Matrimonium subsequens, Legitimation der Concubinenkinder durch solches 337. ff. 355. 368.
Mora 78. ff.
Nachfolger in Bezug auf Quasi-Besitz 210.
Naturales (Liberi) 327. ff. 346. ff.
Naturalbesitz 116.
Negatorienklage s. Actio negatoria.
Nichtigkeiten im Civilprocesse 1. ff. 214. 260.
Nichtigkeitsquerel 5. ff. 63. 235. ff.
Nova in Bezug auf Nichtigkeitsquerel 215.
Nuptiä justä 332. ff. N. incestä, nefariä, damnatä 343.
Oberrichter 128. ff.
Oblatio Curiä — Legitimation unehelicher Kinder durch solche 337. ff.
Oblation — Genügt diese, um den Vormund von Zinsenzahlung zu befreien? 84. 92. O. in Bezug auf Legate 97.
Operis novi Nunciatio 203.
Parochialverhältnisse in Bezug auf Besitzrechte 290.
Paterfamilias in Bezug auf Erbeseinsetzung 424.
Personeneinheit in Bezug auf Streitgenossenschaft 268.
Petitorium in Bezug auf Besitzprozeß 167. 170. 294.
Pfandgläubiger in Bezug a. Besitz 191.
Possessio 93. 107. ff. 123. 152. ff. P. Corporis 301. ff.
Possessorium ordinarium und summarium oder summariissimum 166. ff. s. auch 154. 289. 294. f. 297. 324.
Postliminium 119.
Precarium 160. 168. 197. f.

Digitized by Google

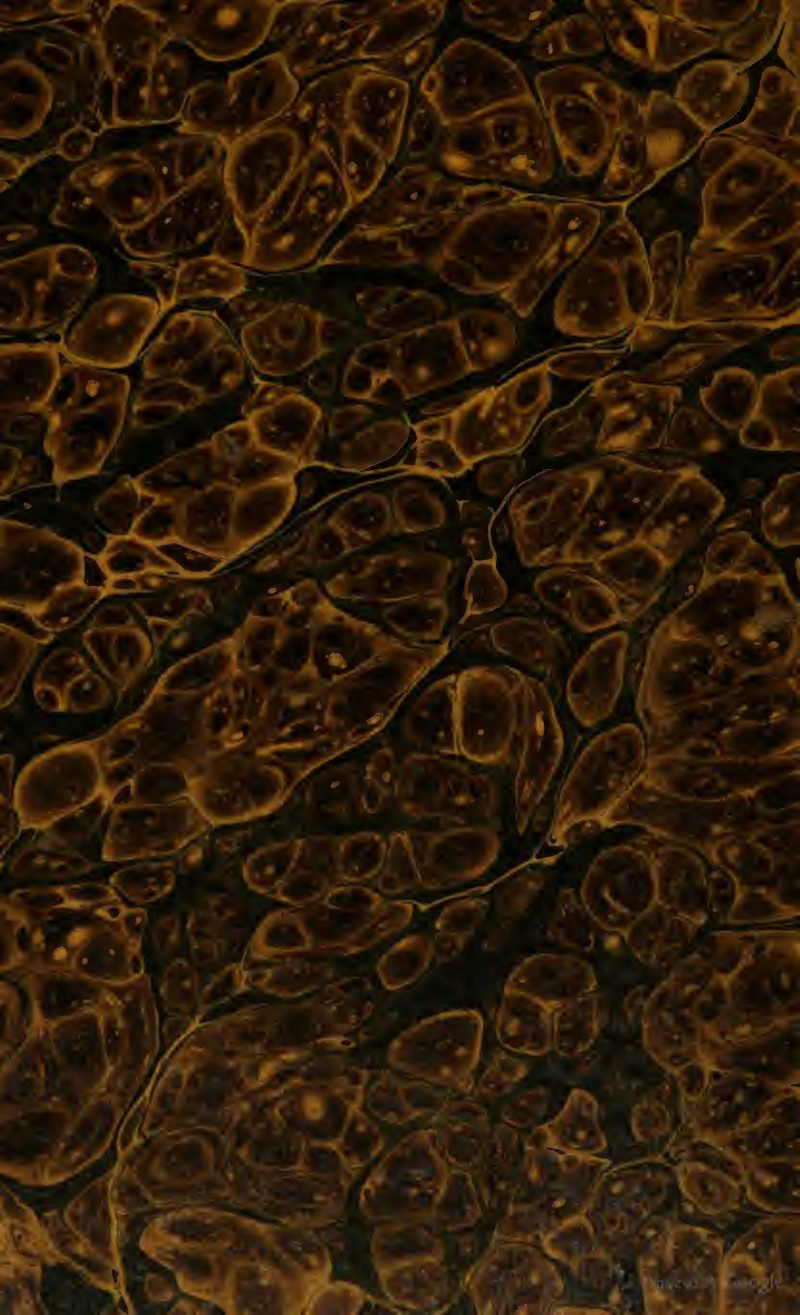
Praescriptio longi Temporis 162. 315.
P. longissimi Temp. 179. f. Verjähr.
Probatio fit Judici 133.
Provisorium in Bezug auf Besitzprozeß 167. 290.
Provocationen, gerichtliche, zum Klagen waren dem röm. Rechte unbekannt 80. Provocatio ad Judicium in Bezug auf Injibition des bereits begonnenen Zinsenlaufs 83. ff. P. ex Lege diffamari 125.
Quantitas certa 39. f.
Quarta Falcidia 89. 94 f. 99.
Quasi-Possessio 145. ff. 283. ff
Querela in Bezug auf Nichtigkeit 17. 45. ff.
Reallasten in Bezug auf Besitz resp. Quasi-Besitz 145. ff. 304. ff.
Rei Vindicatio 150. 151. Not. 1.
Remedia recuperandæ Possess. 120.146. 159. 168. 175. 320. R. retinendæ Poss. 146. 167. f. 171. 307. 314.
Replica Nullitatis 7. 46. 63.
Repräsentation durch Erbfolge 116.
Res judicata 6. f. 31. 42.
Restitutionsgesuch 16. ff. 189. 293.
Salzgewinnung, als Regale, in Bezug auf Quasi-Possessio 295.
Sclav in Bezug auf Erbeseinsetzung 378. 381. 401. 404.
Sententia nulla, injusta, iniqua, 5. 29. 35. 39. 231. 241. 254. S. contra Privilegia in Bezug auf Nichtigkeit im Verfahren 54.
Servituten 146. ff. 155. ff. 166. 173. ff. 181. ff. 191. 202. 209. 267. 283. ff. 295. 313.
Schulden, illiquide,— über Verzinslichkeit derselben 76. ff.
Singularnachfolger in Bezug auf Quasibesitz 210. f.
Specialinterdicte in Bezug auf Quasi-Possessio 165. 180.
Spolienklage 320. f. Actio Spolii.
Spurius (Liber) 344. ff. 366.
Steuern, als Regale, in Bezug auf Quasi-Possessio 311.
Stimmordnung in Bezug auf Urtheil durch mehrere Richter 11. Not. 6.
Streitgenossen 267. ff.
Streitgenossenschaft 268. ff.
Streitobject — Nichtigkeit, wenn nicht über dasselbe erkannt wurde, 53.
Substitut in Bezug auf Erbeseinsetzung 378. ff.
Sui (Heredes) 369. f. Heres.
Superficies 175. 314. f.
Testament eines Soldaten in Bezug auf Erbeseinsetzung 420. Testamentum paganum 425.
Testatio in Bezug auf Concubinat 334.
Testator 417. ff.
Titulus Possessionis 170. T. justus in Bezug a. Besitz u. Verjähr. 296. 315.
Transmissio Theodosiana et Justinianea 123. T. ex Capite Infantiæ 125. T. ex Cap. in Integr. Rest. 123 Not. 1.
Turbatio in Bezug auf Quasi-Besitz 202. 317.
Tutoren in Bezug auf besondere Klage wegen nicht bedungener Zinsen 142.
Universal- u. Singular-Successor in Bezug auf Besitz 115. f. 210
Unmündige in Bezug auf Nichtigkeiten 12.
Unterrichter in Bezug auf Nachweisung der Appellationssumme 130.
Urtheile in Bezug auf Nichtigkeiten 1. ff. 23. Bedingte ditto 42.
Usuarius 191.
Usucapio Libertatis 285.
Usus violentus, clandestinus u. precarius 195. ff. 314.
Verjährung 139. f. 289. 306. 311. 316. 319. 321. 323.
Verjährungsbesitz 170.
Verzug als Verpflichtungsgrund zur Zinsenzahlung 77. ff.
Verzugszinsen. 78 ff.
Vulgo Quæsiti (Liberi) 341. 344. 356. ff. 366.
Waarenschuld in Bezug auf Verzinslichkeit illiquider Schulden 91.
Wasserleitung in Bezug auf Besitz 116. 148. 150. 172. 180. 191. 294. 313. f. 322.
Wegegerechtigkeit 116. 148. 150. 172. 180. 183. 191. 199. 201. 203. 209. 294. 313 f. 322.
Weiderecht 155. 158. 201. 209.
Zehnte in Bezug auf Quasi-Possessio 309. 322. 324. Zehntberechtigter 322. Zehntpflichtige 323.
Zins, Zinsrecht, Zinsberechtigter u. Zinspflichtige ditto 316. 323. f.
Zinsenzahlung wegen Verzugs 77. ff.

Gießen, gedruckt bei Carl Lichtenberger.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

HDL
HW 280E

Digitized by Google